قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة ((الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية))
وأجيزت بتاريخ ٢٥ / ٧ / ٢٠٠٥م

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى، رئيسًا أستاذ الفقه المقارن	....
الأستاذ الدكتور علي الصوا، عضوًا أستاذ الفقه المقارن	....
الأستاذ الدكتور عبد الله الكيلاني، عضوًا أستاذ الفقه وأصوله	....
الدكتور واصف البكري، عضوًا مناقش خارجي (دائرة قاضي القضاة)	....

الأثر الرجعي
وتطبيقاته في الأحكام الشرعية

إعداد

عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في

القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آب / ٢٠٠٥

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة ((الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية))

وأجيزت بتاريخ ٢٥ / ٧ / ٢٠٠٥م

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى، رئيسًا أستاذ الفقه المقارن	....
الأستاذ الدكتور علي الصوا، عضوًا أستاذ الفقه المقارن	....
الأستاذ الدكتور عبد الله الكيلاني، عضوًا أستاذ الفقه وأصوله	....
الدكتور واصف البكري، عضوًا مناقش خارجي (دائرة قاضي القضاة)	....

الإهداء

إلى والدي العزيز حفظه اللّه تعالى
إلى والدتي رحمها اللّه تعالى وأسكنها فسيح جناته
إلى زوجتي أمّ عبادة حفظها اللّه تعالى
إلى إخواني وأخواتي حفظهم اللّه تعالى

أهدي هذا الجهد، سائلاً المولى عزّ وجلّ قبوله

الشكر

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، والذي لم يألُ جهدًا في تقديم كلّ عون لي.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة كل من:

الأستاذ الدكتور علي الصوا

والأستاذ الدكتور عبد الله الكيلاني

والقاضي الشرعي الدكتور واصف البكري

حفظهم الله جميعًا

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأخ الفاضل إبراهيم المصري الذي عمل على تنسيق هذه الرسالة طباعيًا.

المحتوى

الأثر الرجعي
وتطبيقاته في الأحكام الشرعية

إعداد
عبد الحافظ يوسف أبو حميدة
المشرف
الأستاذ الدكتور: محمد حسن أبو يحيى

ملخّص

تناولت هذه الدراسة مفهوم الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية وقد جاءت هذه الدراسة في أربعة فصول. كان أولها لبيان المفهوم وتأصيله من خلال القواعد الأصولية والفقهية ذات الصلة بالموضوع.

وخلصت فيه إلى أن الأحكام الشرعية تثبت بأثر رجعي في حال حدوث تراخٍ بين وقت انعقاد علة الحكم, ووقت ترتب الحكم عليها، وقد بينت أن هذا التراخي هو الحالة العامة التي تنشأ عنه ظاهرة الرجعية في الأحكام.

وقد أصلت هذا المفهوم على عدد من القواعد الأصولية والفقهية, نحو قاعدة الحكم يدور مع علته, وجوداً وعدماً, وقاعدة التقديرات الشرعية, وقاعدة الملك, وقاعدة رفع العقود المفسوخة هل هو من أصلها أو من حينه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المفهوم قد أطلق عليه الفقهاء مصطلح الاستناد, وهو تعبير الحنفية, ومصطلح الانعطاف وهو تعبير الجمهور.

وجاءت الفصول الثلاثة الأخرى لدراسة تطبيقات عملية يظهر فيها مفهوم الأثر الرجعي. من خلال دراسة ثلاثة مجالات:

الأول: المعاملات، والثاني: الأحوال الشخصية, والثالث: العقوبات الشرعية.

ففي المجال الأول: بحثت الأثر الرجعي في حكم العقد, وخلصت إلى أن العقد يفيد حكمه بأثر رجعي في حالة العقد الموقوف, وفي حالة العقد المضاف, في صورة واحدة منه هي" الوصية ".

ثم تناولت الأثر الرجعي للإجازة الواردة على التصرفات الموقوفة, مبينًا أن لها أثرًا رجعيًا في إنفاذ التصرفات العقدية الموقوفة فقط.

كما تناولت الأثر الرجعي للتعديل الطارئ على محل العقد والالتزامات الناشئة عنه, نحو تعديل المبيع والثمن في عقد البيع, والتعديل الطارئ على الدين وعلى المرهون في عقد الرهن, وكذا تعديل المهر في عقد النكاح. وبينت أن لهذا التعديل في جميع صوره أثراً رجعيًا.

كما بحثت الأثر الرجعي لانحلال العقد بصورتيه, الفسخ والإقالة, وبينت أن لانحلال العقد أثرًا رجعيًا إذا كان العقد من العقود الفورية نحو البيع والقسمة والصلح على مال. أما العقود الزمنية نحو الإجارة والعارية فليس لفسخها أثر رجعي.

وتناولت الأثر الرجعي للملك المستند إلى الضمان مرجحًا كون المضمونات تملك بأثر رجعي عند أداء ضمانها.

وأما المجال الثاني: فقد تناولت فيه بعضًا من الأحكام القضائية التي تسري بأثر رجعي في مسائل الأحوال الشخصية, نحو الحكم بنفقة الزوجة والحكم بأجرة الرضاع, وإبطال الهبة في مرض الموت, والحكم بثبوت العدة الشرعية. وخلصت إلى أن الحكم القضائي يسري بأثر رجعي إذا كان المحكوم به مما لا يتوقف وجوده في حقيقة الأمر على حكم قضائي في حين أنه يثبت مقتصرًا إذا كان المحكوم به يفتقر في وجوده إلى حكم قضائي.

أما المجال الثالث: فكان في العقوبات الشرعية، حيث تناولت فيه خصائص العقوبة في الفقه مبينًا علاقة الأثر الرجعي بهذه الخصائص، لا سيما علاقته بمبدأ الشرعية, وخلصت إلى أن من أهمّ لوازم مبدأ الشرعية هو عدم سريان العقوبة بأثر رجعي. فقررت بذلك أن الأصل هو اقتصار التشريع الجنائي, وأن الأثر الرجعي هو خلاف هذا الأصل.

وتناولت الاستثناءات التي ثبتت بأثر رجعي في مجال التشريع الجنائي لأخلص إلى أن التشريع الجنائي الإسلامي يقر رجعية التشريع الأصلح للجاني, مستدلاً على ذلك بما ذكر في هذا المجال في كلٍ من نصيّ الظهار واللعان.

بسم ا الرحمن الرحيم

المقدمة

إنّ الحمد ، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ با من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده ا فلا مضلّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا ا وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، القائل:" من يرد ا به خيراً يفقهه في الدين "، وبعد:

فإن معرفة المسلم لأحكام دينه من مقتضيات إيمانه بهذا الدين، ومن تمام هذه المعرفة معرفته بالطرق التي تثبت بها الأحكام الشرعية، والتي عني الفقهاء ببيانها على نحو سبق ما وصلت إليه أشهر التقنيات الحديثة.

هذا وقد عدّ الفقهاء طرقًا أربعة لثبوت الحكم الشرعي وهذه الطرق هي: الاقتصار، والاستناد، والانقلاب، والتبيين.

وقد جاءت هذه الدراسة لتلقي الضوء على طريق من هذه الطرق وهي: ثبوت الأحكام الشرعية بطريق الاستناد، مبينة الآثار العملية المترتبة على ذلك في مختلف الفروع التي تثبت بهذه الطريق.

وقد آثرت إطلاق مصطلح " الأثر الرجعي " على هذه الدراسة عوضاً عن مفهوم الاستناد وذلك لشهرة مفهوم الأثر الرجعي لدى الباحثين، وشيوعه، على خلاف مفهوم الاستناد الذي لا يتصوره إلا من اشتغل بالفقه عموماً، وبالفقه الحنفي خصوصاً .

مشكلة الدراسة وأهميتها:

موضوع الدراسة هو: الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية، حيث تهدف هذه الدراسة لبيان مدى قابلية الأحكام الشرعية للثبوت بأثر رجعي، ومدى انسحاب الحكم الثابت في الحال على الماضي في مختلف مجالاته، وهو ما يعبر عنه فقهاء الحنفية بالاستناد، في حين يعبر عنه فقهاء المالكية والشافعية بالانعطاف، ولذلك ستحاول هذه الدراسة إبراز هذه النظرية مشفوعة بتطبيقاتها المختلفة سواء في مجال المعاملات أم العقوبات أم الأحوال الشخصية .

ومن هنا تجيء هذه الدراسة للإجابة على التساؤلات التالية:

١. ما مدى قابلية الأحكام الشرعية لفكرة الرجعية أو الاستناد ؟
٢. ما هي الأحكام التي تقبل هذه الفكرة، والأحكام التي يمكن أن تخضع لها ؟
٣. ما هي النتائج العملية التطبيقية لثبوت هذه النظرية في الأحكام الشرعية ؟

وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تأتي لبيان أسبقية معرفة الفقه الإسلامي لكثير من تلك النظريات القانونية الوضعية ، ومن كونها دراسة فريدة وجديدة في طرحها للموضوع بهذا

الشكل المتكامل حيث لم يسبق وأن عولجت هذه الفكرة بهذه النظرة الشمولية التي تنوي الدراسة معالجتها. وقد رأى الباحث تحديد هذه الدراسة في مجالات ثلاثة هي:

الأول: المعاملات، الثاني: الأحوال الشخصية، الثالث: العقوبات الشرعية.

الدراسات السابقة :

لم ينل موضوع الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية حظاً وافياً من الدراسة ، حيث لم يسبق لأحد من الدارسين أن تناول الموضوع على النحو الذي ينوي الباحث طرقه، وكل ما جاء حول هذا الموضوع من دراسات كانت دراسات لقضايا جزئية تتعلق بموضوع البحث، وفي ما يلي بيان لهذه الدراسات .

الدراسة الأولى: وصاحب هذه الدراسة هو د. محمد شتا أبو سعد تحت عنوان " الأثر الرجعي للشرط في القانون المدني المصري "، مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٤م.

وهذه الدراسة هي الدراسة الوحيدة التي جاءت بقصد بحث موضوع الأثر الرجعي في الأحكام، ومما يلاحظ على هذه الدراسة ما يلي:

أولاً: إن هذه الدراسة المذكورة اقتصرت على معالجة الأثر الرجعي في موضوع الشرط، وهو موضوع جزئي، ولم تتطرق إلى معالجة القضايا الأخرى ذات الصلة بالأثر الرجعي مثل: الأثر الرجعي في العقود والفسوخ في الأحكام القضائية وغير ذلك من الموضوعات التي تنوي هذه الرسالة تناولها بالبحث .

ثانيا: إن هذه الدراسة جاءت في معظمها دراسة نظرية لموضوع الأثر الرجعي، ناقش صاحبها خلالها مواقف المدارس القانونية حول موضوع ثبوت الأثر الرجعي للشرط أو عدمه دون تفصيل في المسائل التطبيقية التي تبنى على هذا الجانب النظري.

ثالثاً: إن هذه الدراسة غلب عليها الجانب القانوني، ولم تتعرض لموقف الفقه الإسلامي من القضايا التي طرحتها، إلا بشكل سطحي لا يعكس الصورة الحقيقية لموقف الفقه الإسلامي من تلك القضايا.

الدراسة الثانية: وصاحب هذه الدراسة هو عبد القادر عودة في كتابه " التشريع الجنائي الإسلامي "، حيث تناولت الدراسة موضوع الأثر الرجعي في العقوبات ، وبين الباحث في هذه الدراسة مدى سريان العقوبة بأثر رجعي ، مبيناً الاستثناءات الواردة على ذلك ، ومما يلاحظ على هذه الدراسة: أنها لم يكن مقصدها معالجة موضوع الأثر الرجعي بشكل خاص ، إنما عرضت له في معرض بيان قواعد سريان الأحكام على المكان والزمان . ثم جاءت مقتصرة على جانب واحد من جوانب الموضوع وهو الجانب الجنائي.

ومما يلاحظ على هذه الدراسة فضلا عن اقتصارها على موضوع الجنايات، أنها خلت من سوق الأدلة على الأقوال ومناقشتها، والترجيح بينها.

كما أن الباحث لم يتطرق لتحديد مفهوم الأثر الرجعي بشكل واضح بحيث يغدو مصطلحا منضبطا تندرج تحته الفروع المختلفة، وإنما ساق التطبيقات على المفهوم مباشرة، وهو بذلك قد أغفل جانبا نظريا يشكل التأصيل لأي دراسة.

الدراسة الثالثة: وهي للدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه " الوسيط في شرح القانون المدني "، ط٢ ، دار النهضة العربية (ج١/٨٠٢).

حيث أشار الباحث في هذه الدراسة إلى موضوع الأثر الرجعي في معرض بيانه لموضوع (تسجيل العقود) وجريان الخلاف القانوني حول ثبوته بأثر رجعي أم لا، ثم تعرض كذلك لموضوع الأثر الرجعي خلال بحثه لموضوع الإقالة والفسخ (١/٨٠٥) مبينا مدى ثبوت الإقالة والفسخ بأثر رجعي.

وقد جاءت هذه الدراسة مقتضبة في موضوع الأثر الرجعي كونها لم تكن متخصصة لبحث هذا الموضوع من جميع جوانبه، و لذلك فقد أغفلت جوانب كثيرة للموضوع نحو الأثر الرجعي للملك والأثر الرجعي لتعديل الالتزام، والأثر الرجعي في الحكم القضائي ، والأثر الرجعي في مسائل الأحوال الشخصية. هذا فضلا عن هذه الدراسة هي دراسة قانونية بحته ، واكتفى بالإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي إشارة سريعة دون بسط لأدلة الفقهاء ومناقشتها وتحليلها أو الترجيح بينها .

الدراسة الرابعة: وهذه الدراسة هي لمصطفى الزرقاء ، في كتابه " المدخل الفقهي العام "، دار الفكر، ط٩، (ج١/٥١٠) حيث تناول الأثر الرجعي في موضوع انحلال العقد ، وذلك في معرض بحثه للآثار المترتبة على انحلال العقد (بالبطلان أو الفسخ) ولم يتعرض لمناقشة موضوع الأثر الرجعي كموضوع منفصل، وبالتالي أغفلت الدراسة كثيرا من القضايا ذات الصلة المباشرة بالموضوع، كتحديد المفهوم بشكل واضح وبيان مدى ثبوته في موضوعات أخرى، كالعقود، والفسوخ، وتعديل الالتزام وقانون الأحوال الشخصية ، وذلك بسبب أن الدراسة المذكورة لم تكن متخصصة ولم يكن مقصدها أصلا بحث موضوع الأثر الرجعي من جميع جوانبه. وهو ما ينوي الباحث فعله في رسالته.

أما قديما: فقد بحث الفقهاء موضوع الأثر الرجعي تحت مسمى الاستناد كما فعل ابن نجيم الحنفي في كتابه " الأشباه و النظائر "، و تحت مسمى الانعطاف كما فعل ابن رجب الحنبلي في كتابه " القواعد "، وفيما يلي بيان لما تضمنته هاتان الدراستان :

أولا: دراسة ابن نجيم الحنفي في كتابه الأشباه و النظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (ص٢٧٠،٢٧١)، حيث تناولت هذه الدراسة موضوع الأثر الرجعي تحت عنوان الأحكام

الأربعة، حيث بين الباحث فيها أن الأحكام تثبت بطرق أربعة منها طريق الاستناد، وهو (الأثر الرجعي) ومثّل له ببعض المسائل كالغصب بعد ضمانه ، إلا أن هذه الدراسة خلت من توضيح للمفهوم ، كما أنها لم تأت بالصورة التطبيقية الوافية حول الموضوع. هذا فضلا عن إغفالها لآراء الفقهاء الآخرين من غير المذهب الحنفي.

ثانيا: دراسة ابن رجب الحنبلي في كتابه " القواعد "، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (ص٢٥٥) تحت القاعدة رقم (١١٦) حيث ذكر قاعدة الانعطاف في الملك ، و بين الفروع التي يجري فيها الانعطاف (أي الأثر الرجعي) و من هذه الفروع التي ذكرها: الشفعة، والوصية والهبة، والملاحظ على هذه الدراسة أنها: جاءت مقتصرة على جانب واحد للموضوع، هو جانب الانعطاف (الأثر الرجعي) في موضوع الملك، وأغفلت الجوانب الأخرى، كالضمان، والفسوخ والأحوال الشخصية، هذا بالإضافة إلى كونها دراسة على مذهب واحد، هو المذهب الحنبلي ، فلم تتعرض لمواقف الفقهاء الآخرين من القضايا ذات الصلة بموضوع الأثر الرجعي.

منهجية البحث:

سيقوم الباحث على اتباع المنهج التحليلي الوصفي والقائم على ما يلي:

أولا: تتبع المسائل والفروع الفقهية التي يظهر فيها الأثر الرجعي وجمعها من مظانها.

ثانيا: تفصيل أقوال الفقهاء في المسألة ثم بيان أدلة كل قول، إذا كان هناك أكثر من رأي في المسألة.

ثالثا: مناقشة الأدلة وتحليلها، للوصول إلى النتائج الكلية وتقويمها.

رابعا: الوصول إلى الرأي الراجح في المسألة مع بيان وجه الترجيح.

خامساً: المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني في الفروع والمسائل التي تناولها الباحث بالدراسة.

سادسا: عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من السورة، مع بيان اسم السورة ورقم الآية فيها، ليسهل الرجوع إليها.

سابعا: تخريج النصوص من مظانها تخريجا علميا وافيا. مع بيان درجة الحديث من حيث الصحة والضعف.

الفصل الأول
مفهوم الأثر الرجعي وتأصيله الشرعي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الأثر الرجعي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الأثر الرجعي في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الأثر الرجعي في الاصطلاح.

المطلب الثالث: الفرق بين الأثر الرجعي وبين غيره من المصطلحات.

المبحث الثاني: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الأثر الرجعي للناحية المدنية في النصوص القرآنية.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي للناحية الجنائية في النصوص القرآنية.

المبحث الثالث: القواعد الأصولية والفقهية الموجّهة للأثر الرجعي وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة " الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا ".

المطلب الثاني: قاعدة " التقديرات الشرعية ".

المطلب الثالث: قاعدة " الملك ينعطف إلى أول وقت انعقاد سببه ".

المطلب الرابع: قاعدة " الفسخ يرفع العقود من حينه وقيل من أصلها ".

المبحث الأول

مفهوم الأثر الرجعي

المطلب الأول

تعريف الأثر الرجعي في اللغة

الأثر الرجعي مركب لفظي من لفظين هما: الأثر، والرجعي، ولذلك فإنّ معرفة مفهوم الأثر الرجعي في اللغة تتوقف على معرفة معنى كل لفظٍ من ألفاظه، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: معنى الأثر لغة:

يطلق الأثر في اللغة على عدة معانٍ منها: النتيجة: فأثر الشيء نتيجته أي : الحاصل من ذلك الشيء . والعلامة، ويأتي الأثر أيضًا بمعنى الجزء، والنقل، يقال : أثرت الحديث أي نقلته وحديث مأثور: أي منقول.([١])

وأقرب هذه المعاني إلى موضوعنا هو: المعنى الأول وهو النتيجة أي الحاصل من ذلك الشيء.

ثانياً: معنى الرجعي لغة:

الرجعي: هو النسبة إلى الرجعة، والرجعة في اللغة اسم المرة من رجع ، يقال: رجع عن الأمر رجوعاً ورجعاً:وهو نقيض الذهاب، والرجوع: العَوْد إلى ما كان عليه مكاناً أو حالاً أو صفة. ومن هنا يقال: رجع في هبته : إذا أعاداها إلى ملكه، وفلان يؤمن بالرجعة: أي بالعود إلى الدنيا.([٢])

ثالثاً: الأثر الرجعي لغة:

بعد بيان معنى لفظي هذا المركب، فإنه يمكن تعريف الأثر الرجعي كمركب لفظي بأن الأثر الرجعي للشيء: ما يترتب على عود ذلك الشيء إلى ما كان عليه مكاناً أو صفة أو حالاً.

---

[1] الجرجاني - التعريفات - (ص٩)، إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٥/١)، الفيومي - المصباح المنير- (٥/١)

[2] إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٣٣١/١)، المصباح المنير - (٢٩٩/١)، د. محمود عبد الرحمن - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - (١٣٢/٢)

المطلب الثاني
تعريف الأثر الرجعي اصطلاحًا

يُعدّ مفهوم الأثر الرجعي من المفاهيم الحديثة التي درج استخدامها مؤخراً لا سيما عند القانونيين ، ولم يكن هذا المفهوم معروفاً عند الفقهاء بهذا اللفظ، وإن كان معروفاً لديهم من حيث المعنى. وقبل بيان معنى الأثر الرجعي اصطلاحاً سأعرض لاصطلاحات الفقهاء التي تتفق مع الأثر الرجعي معنىً ولكنها تغايره في اللفظ.

الأثر الرجعي في اصطلاح الفقهاء

أولاً: الأثر الرجعي في اصطلاح الحنفية:

يعبّر الفقه الحنفي عن الأثر الرجعي في الحكم بمفهوم الاستناد، فقد ذكر ابن نجيم ([1]) وغيره هذا المفهوم كطريق من طرق ثبوت الأحكام في أكثر من موضع، منها ما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم أن الأحكام تثبت بطرق أربعة: **الاقتصار**، كما إذا أنشأ الطلاق، **والانقلاب** حيث عرفه بأنه: انقلاب ما ليس بعلة علة، كالحكم المعلق على شرط، ومثاله ما لو علق الطّلاق أو العتاق على شرط ، فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة ويثبت الحكم. **والاستناد**، بمعنى: أن يثبت الحكم في الحال ثم يستند، ومثّل للاستناد بملك المضمونات، حيث تملك عند أداء الضمان ملكًا مستندًا إلى وقت وجود السبب وذلك كالمغصوب، فإن الغاصب إذا ضمنه مَلَكَهُ مُلكًا مستندًا إلى وقت الغصب: أي إن الملك قد ثبت بأثر رجعي امتد إلى وقت الغصب، والطريق الرابع من طرق ثبوت الأحكام **التّبيين**، وهو: أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل، كقوله: إن كان زيد في الدار فأنت طالق، ثم تبيّن في اليوم التالي أن زيدًا كان موجودًا فيها ، فيقع الطلاق من اليوم.([2])

ثانياً: الأثر الرجعي في اصطلاح الجمهور:

يُعبّر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عن مفهوم الأثر الرجعي بمفهوم الانعطاف، وفيما يأتي بعض النصوص التي تشهد لاستخدام جمهور الفقهاء مفهوم الانعطاف بمعنى الأثر الرجعي، مكتفيًا بنصّ واحد لكل مذهب.

---

[1] انظر: ابن نجيم - الأشباه والنظائر- (ص٢٧٠)، ابن عابدين – حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار- (٢٦٩/٣)، ابن الهمام - شرح فتح القدير - (٥٢٢/٦)، علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - (٢٤٢/١)

[2] ابن نجيم - الأشباه والنظائر - (ص٢٧٠،٢٧١)، وانظر ابن عابدين – الحاشية - (٢٦٩/٣)

أولاً: في الفقه المالكي:

جاء في متن المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب قوله:([1])

وهل يراعى مترقب وقـع   يومئذ أو قهقهرا إذا رجـع
لسبب الحكم كمعتق ومَـنْ   ربـح أو أمضى كبيع اعْلمن
وهي التي تدعى بالانعطاف   عكس التي تُدعى بالانكشـاف

قال الشارح:" أي المترقبات إذا وقعت هل يُقدّر حصولها يوم وجودها، وكأنها فيما قبل كالعدم، أو يقدر أنها لم تزل حاصلة من حين أسبابها التي أثمرت أحكامها وأسند الحكم إليها؟ وهي قاعدة التقدير والانعطاف، ثم ساق عدداً من الفروع الفقهية التي تتخرج على هذه القاعدة، منها بيع الخيار إذا أمضي فهل يعتبر الإمضاء من حين العقد أم من حين صدوره. فعلى القول بأن البيع يعدّ نافذًا من حين العقد، وهو أحد قولين في المسألة، فإن هذا يعني ظهور الانعطاف في هذه الصورة "([2]).

ثانياً: في الفقه الشافعي:

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ما نصه:" ومن نظائر ذلك نيّة الجماعة في الأثناء، أما في أثناء صلاة الإمام وفي أول صلاة المأموم فلا شك في حصول الفضيلة، لكن هل هي فضيلة الجماعة الكاملة أو لا ؟ ..... فإن قُلنا بالأول فقد عادت النيّة بالانعطاف، وبه صرّح شرّاح الحديث، وأما في أثناء صلاة المأموم فإن الصلاة تصحّ في الأظهر لكن تكره كما في شرح المهذب، وأخذ من ذلك بعض المحققين عدم حصول الفضيلة بالكلّية لا أصلاً ولا انعطافًا"([3])، فقوله:" فإن قلنا بالأول، فقد عادت النية بالانعطاف "، معناه أن القول بثبوت الفضيلة كاملة لمن نوى الجماعة أثناء الصلاة وليس من ابتدائها، يعني أن النية قد ثبت حكمها انعطافًا، أي : بأثر رجعي يمتد إلى أوّل الصلاة لا إلى أوّل وجودها.

ثالثاً: في الفقه الحنبلي:

جاء في قواعد ابن رجب ما نصه:" من استند تملكه إلى سبب مستقر لا يمكن إبطاله وتأخر حصول الملك عنه، فهل ينعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب ويثبتُ أحكامه من حينئذٍ أم لا ؟ "([4]).

---

[1] المنجور - أحمد بن علي المنجور - شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب - (١٨٠/١)
[2] المنجور - شرح المنهج المنتخب - (٢٨١/١)
[3] السيوطي - الأشباه والنظائر - (ص٤١)، وانظر تقي الدين الحصني - القواعد - (٢٤١/٢)
[4] انظر: ابن رجب الحنبلي - القواعد في الفقه الإسلامي - (ص٢٥٥)، القاعدة رقم (١١٦)

فقوله:" هل ينعطف أحكام ملكه.." يعني ثبوت أحكام الملك - عند تمام السبب - بأثر رجعي يمتد إلى وقت ابتداء السبب على القول بالانعطاف، والمسألة لها نظائر كثيرة معظمها محل خلاف.

من خلال عرض النصوص السابقة تبيّن لنا أن الفقهاء قد عرّفوا مفهوم الأثر الرجعي في الأحكام الشرعية ولكن تحت مسمّى الاستناد عند الحنفية، وتحت مسمّى الانعطاف عند الجمهور.

وممّا تميّز به الفقه الحنفي في ذلك غير المغايرة في الاصطلاح، تفردهم بعدّ ذلك طريقاً من طرق ثبوت الأحكام، فجعلوا الاستناد " الأثر الرجعي" طريقًا من طرق أربعة لثبوت الحكم الشرعي، سبق أن ذكرتها، ولم أجد من نَصّ على هذه الطرق لثبوت الحكم في المذاهب الفقهية الأخرى.

تعريف الأثر الرجعي اصطلاحاً:

لم أجد من عرّف مفهوم الأثر الرجعي _ بهذا التركيب اللفظي _ في الاصطلاح الشرعي سوى ما ذكرته الموسوعة الفقهية الكويتية، وما جاء أيضًا حول تعريف الأثر الرجعي في معجم لغة الفقهاء، وقبل وضع تعريف محدد لهذا المفهوم بهذا التركيب اللفظي، أسوق ما ذكرته الموسوعة الكونية ومعجم لغة الفقهاء.

أولاً: تعريف الموسوعة الفقهية:

فقد عرفت الموسوعة الكويتية الأثر الرجعي بأنه:" أن يثبت الحكم في الحال لتحقق علته ثم يعود الحكم القهقرى ليثبت في الماضي تبعاً لثبوته في الحاضر."([1])

وأهمّ ما يؤخذ على هذا التعريف، أنه لم يُحدّد نطاقاً لسريان الحكم على الماضي حيث أطلق فقال:" ليثبت في الماضي" ولم يضع لهذا الماضي حدا.

ثانيًا: تعريف معجم لغة الفقهاء:

عرّف معجم لغة الفقهاء الأثر الرجعي بأنه:" رجوع الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى الماضي."([2])

ويؤخذ على هذا التعريف أمران:

الأول: لم يبيّن التعريف ما المقصود بالشرط، هل هو شرط الحكم، أم شرط سبب الحكم أم شرطٌ خارج عن هذا وذاك؟، ثم قصر الأثر الرجعي على موضوع الشرط في حين أنّ محله أوسع من ذلك كما سيأتي.

الثاني: التعميم في وقت امتداد أثر الحكم وذلك بقوله: إلى الماضي.

---

[1] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٠٧/٤)

[2] محمد رواس قلعجي، حامد صدقي - معجم لغة الفقهاء - (ص٤٢)

التعريف المختار:

أرى أن يُعرّف الأثر الرجعي للحكم بأنه:" **امتداد أثر الحكم الثابت عند تمام علته، إلى وقت ابتداء انعقادها، أو قيام محلّها** ".

شرح التعريف:

المقصود بقولي: عند تمام علته، أي: اكتمال العلة باكتمال أوصافها، أو انتفاء ما يمنع من ترتب الحكم عليها، وذلك يشمل صورتين من صور العلل التي تثبت أحكامها بأثر رجعي، وهما:

الصورة الأولى: العلة التي تخلّف وصفها.

الصورة الثانية: العلة التي وُجِدَ معها مانع يمنع من ترتب الحكم عليها مباشرة.

وهذان الأمران " تخلف الوصف، ووجود المانع " هما السبب في تراخي الحكم عن علته([1])، حتى إذا ما تحقق الأول، وانتفى الثاني، ثبت الحكم بأثر رجعي بحيث يمتد أثره إلى وقت انعقاد العلة لا إلى وقت تحقق الوصف أو انتفاء المانع.

ويتضح ذلك بالأمثلة التالية:

فمثال الصورة الأولى: " مرض الموت " فهو علة للحجر والمنع من التصرفات، إلاّ أن هذه العلة مرتبطة بوصف منتظر هو الموت، فإذا ما تحقق هذا الوصف ثبت الحكم وهو إبطال التصرف لا من حين تحقق الوصف وهو الموت، بل بأثر رجعي يمتّد إلى وقت انعقاد العلة وهو ابتداء المرض([2]).

ومثال الصورة الثانية:" البيع بخيار الشرط " فإن خيار الشرط مانع يمنع من ترتب الحكم على علته، أي يمنع خروج المبيع من ملك البائع، فإذا ما زال هذا المانع ثبت حكم البيع من حين العقد([3])، فيملك المشتري المبيع بأثر رجعي يمتد إلى وقت انعقاد العقد، لا من وقت إسقاط الخيار وإمضاء البيع.

وقولي: إلى وقت ابتداء انعقادها، أي انعقاد العلة، وهو قيد لبيان وتحديد الزمن الماضي الذي يسري إليه أثر الحكم الذي ثبت عند تمام العلة. وهذا الزمن هو (بدء انعقاد العلة)، وما ذكرته في مثاليْ البيع بخيار الشرط، ومرض الموت، يوضح ذلك.

---

[1] انظر: السرخسي - أصول السرخسي – (٢١٣،٢١٢/٢)، البخاري - كشف الأسرار شرح أصول البزودي - (٢٧٠/٤)، أمير بادشاه - تيسير التحرير - (٣٢٨/٣)، سيأتي لاحقا مزيد من التوضيح فيما يتعلق بالعلة التي يتراخى حكمها. انظر (ص١٩،١٨) من هذه الرسالة.

[2] السرخسي - أصول السرخسي - (٣١٦/٢)

[3] البخاري - كشف الأسرار- (٢٧١/٤)، أمير بادشاه - تيسير التحرير - (٣٢٨/٣)، السرخسي - أصول السرخسي - (٣١٤/٢)

وقولي: **أو قيام محلها**، تقديره : أو وقت قيام محلها، أي محل العلة، ليدخل في ذلك الأثر الرجعي للفسخ حيث يمتد أثره إلى وقت قيام المحل لا إلى وقت انعقاد العلة، لأن علة الفسخ قد تكون هلاك المحل، ولا يتصور إسناد إثبات أثر الفسخ إلى وقت انعقاد علته لأن علته هي الهلاك، ولا يتصور إثبات أثر الحكم (أي أثر الفسخ) في محل هالك، ولذلك يمتدّ الحكم تقديرًا إلى وقت قيام محل الفسخ أي إلى وقت قيام المحل أو البدلين " في عقود المعاوضات مثلاً " كي يتصور فيه إثبات أثره وهو ردّ البدلين إلى طرفي العقد، وهو الأثر المترتب على الفسخ كما هو معلوم.([١]) وهذا التقدير معهود في الشرع كما ذكر القرافي وغيره.([٢])

تعريف الأثر الرجعي في القانون:

يستخدم القانونيون مفهوم الأثر الرجعي للتعبير عن معنيين:([٣])

الأول: رجعية الأحكام القانونية نفسها.

الثاني: رجعية آثار العقود.

ومن التعريفات للأثر الرجعي بالمعنى الأول، ما جاء في معجم المصطلحات القانونية، حيث عرف الأثر الرجعي للقانون بأنه:" مفعوله الرجعي الذي يمتد إلى تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية، أو بحسب المادة القانونية التي تعلن صراحة عن بدء العمل بهذا القانون."([٤])

ولو خلا هذا التعريف من كلمة " الرجعي" الواردة فيه لكان أكثر إحكاماً، لدلالة ما بعدها عليها.

أما تعريف الأثر الرجعي بالمعنى الثاني، فقد عرفه اتحاد المجامع اللغوية العلمية بأنه:" رجوع الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى الماضي أي وقت الاتفاق."([5])، ويلاحظ على هذا التعريف أمران:

الأول: أنه قصر الأثر الرجعي على موضوع واحد هو: الأثر الرجعي للشرط. ولعلّ مردّ ذلك إلى أن الأثر الرجعي للشرط هو من أبرز الموضوعات الخلافية بين شراح القانون المدني، ما بين مؤيد لرجعية الشرط، ومعارض لها،([6]) مما جعل هذا الموضوع يطفو على السطح حتى أصبح تعريف الأثر الرجعي في القانون المدني مرتبطاً به.

الثاني: قوله:" إلى الماضي" لا داعي لذكرها، ما دام أنه نَصّ على حدّ هذا الماضي وهو وقت الاتفاق.

---

[1] إذ لا يتصور انقلاب الملك بعد تلف المبيع، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً، فيقدّر انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه، انظر تقي الدين الحصني - القواعد - (٢٤٠/٢)

[2] انظر: القرافي - الفروق - (٢٦/٢)، الحصني - القواعد - (٢٤٠/٢)

[3] انظر: الزرقاء - المدخل الفقهي (٥٢٨/٢)

[4] جرجس - معجم المصطلحات الفقهية والقانونية - (ص٦٢)

[5] اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية – ندوة دمشق - ١٩٧٢م - (ص٦٢)

[6] انظر مثلاً : كتاب الدكتور محمد شتا أبو سعد، الأثر الرجعي للشرط.

المطلب الثالث

الفرق بين الأثر الرجعي وبين غيره من المصطلحات

التفريق بين مفهوم الأثر الرجعي وبين غيره من المصطلحات الأخرى يعطي هذا المفهوم مزيدًا من الوضوح، سواء كانت هذه المصطلحات مقاربة له في المعنى، أم مغايرة، ولذلك فإن من المهم التعرض لبيان أهم المصطلحات ذات الصلة بمفهوم الأثر الرجعي، والوقوف على العلاقة بينها وبينه:

أولاً: المصطلحات المطابقة في المعنى: (الاستناد ، الانعطاف)

سبق أن ذكرت أن الفقهاء يعبرون عن معنى الأثر الرجعي بمفهوم الاستناد كما هو الحال عند الحنفية، وبمفهوم الانعطاف كما هو عند الجمهور، وقد سبق تعريف الاستناد عند الحنفية، وأما الانعطاف، فهو في اللغة يعني: الميل والتحول([1])، واصطلاحا لا يختلف في المعنى عن الاستناد، وقد عرّفه بعض الأصوليين بأنّه: السريان من المستقبل إلى الماضي، عكس الاستصحاب، أو استصحاب الحاضر في الماضي([2]).

ولقد آثرت استخدام مصطلح الأثر الرجعي على الاستناد أو الانعطاف وذلك لشيوعه وشهرته لدى الباحثين المعاصرين بخلاف مفهومي الاستناد والانعطاف.

ثانياً: المصطلحات المغايرة في المعنى:

أ- الاقتصار:

الاقتصار في اللغة مأخوذ من: اقتصر، يقال: اقتصر على الشيء، أي اكتفى به ولم يجاوزه([3]).

واصطلاحًا: هو ثبوت الحكم في الحال([4])، والعلاقة بين المعنى الاصطلاحي واللغوي لمصطلح الاقتصار واضحة، فقولهم ثبوت الحكم في الحال أي: أن الحكم لم يتجاوز زمن ثبوته .

ومن هنا يظهر الفرق بين الاقتصار، وبين الأثر الرجعي من ناحيتين:

الأولى: إن الاقتصار هو ثبوت الحكم في الحال دون أن يكون لهذا الثبوت أثر في الماضي، بخلاف الأثر الرجعي حيث يثبت الحكم في الحال ثم يمتد أثره إلى الماضي.

الثانية: الاقتصار هو الأصل في ثبوت الأحكام الشرعية، والأثر الرجعي خلاف الأصل، أمّا أن الاقتصار هو الأصل فلأنّ العلل متى وجدت تبعتها أحكامها وقد رأينا فيما سبق أن أهمّ الحالات التي يكون للحكم فيها أثر رجعي هي تلك التي يحدث فيها تراخٍ بين الحكم وعلته

---

[1] ابن منظور - لسان العرب - (٢٤٩/٩) مادّة " عطف ".

[2] البجيرمي - حاشية البجيرمي - (٣٩٠/٤)

[3] إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٧٣٨/١)

[4] ابن عابدين - حاشية ردّ المحتار - (٢٦٩/٣)

لمقتضٍ اقتضى هذا التراخي، وهذا التراخي خلاف الأصل، ولذا كان الأثر الرجعي في الحكم هو خلاف الأصل، والاقتصار وهو اللازم لثبوت الحكم تبعاً لثبوت علته في الحال، هو الأصل.

سبب الاختلاف:

يظهر مما سبق أن السبب المحدد لكون الحكم يثبت مقتصراً أو بأثر رجعيّ هو العلة، فإن كانت العلة حقيقية([1])، كان الحكم الثابت بها مقتصرًا، وإن كانت العلة مجازية كان الحكم الثابت بها، ثابتاً بأثر رجعي.

مثال الاقتصار في الأحكام :

بما أن الأصل في الأحكام هو الاقتصار، فإن الأمثلة عليه لا تحصى، ويمكن التمثيل له بإنشاء البيع، أو إنشاء الطلاق ممن يملك ذلك دون أن يتوقف النفاذ على أمر آخر([2]).

وهذا التقابل في المعنى بين الأثر الرجعي، والاقتصار، هو من فرائد الفقه الإسلامي، إذ ليس في القانون مصطلح خاص بالأحكام التي ليس فيها أثر رجعي، وفي ذلك دلالة واضحة على غنى الفقه الإسلامي وثرائه في لغته ومصطلحاته([3]).

ب- الانقلاب:

الانقلاب في اللغة: هو تحول الشيء عن وجهه([4]).

أما اصطلاحًا فهو: صيرورة الشيء الذي لم يكن علة لثبوت الحكم علة([5]). ويتفق الانقلاب مع كل من الاقتصار والأثر الرجعي في أنّ كلاً منها يعدّ طريقًا من طرق ثبوت الحكم الشرعي.

والفرق بين الأثر الرجعي وبين الانقلاب، أن علة الحكم في الأثر الرجعي ثابتة ابتداءً، لكنها علة مجازية، لتخلف وصفٍ من أوصافها اقتضى التراخي بينها وبين حكمها، أو لوجود مانع منع من ترتب الحكم عليها في الحال، حتّى إذا ما تحقق وصفها أو زال المانع يثبت الحكم من حين انعقادها، وثبوت الحكم من حين انعقادها (أي بأثر رجعي) دليل عليّتها للحكم ابتداءً.

---

1 والعلة الحقيقية هي ما توافر فيها أوصاف ثلاثة:
الأول: أن تكون علة اسمًا: أي أن تكون موضوعة في الشرع لموجبها ويضاف ذلك الموجب إليها.
الثاني: أن تكون علة معنى: أي أن تكون مؤثرة في الحكم.
الثالث: أن تكون علة حكمًا: أي أن يثبت الحكم بوجودها من غير تراخٍ، فإذا توافرت هذه الأوصاف الثلاثة كانت حقيقية، وإذا تخلف أحدها كانت علة مجازًا. انظر السرخسي - أصول السرخسي - (٣١٢،٣١١/٢)، البخاري - كشف الأسرار (٢٧١،٢٧٠/٤)، أمير بادشاه - تيسير التحرير - (٣٢٨/٣)

2 انظر: ابن نجيم - الأشباه والنظائر - (ص٢٧١)، ابن عابدين - الحاشية - (٢٦٩/٣)

3 الزرقاء - المدخل الفقهي - (٥٢٨/١)

4 إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٧٥٣/٢) مادة :" قلب ".

5 ابن عابدين - الحاشية - (٢٦٩/٣)، علي حيدر - درر الحكام - (٢٤٢/١)

وذلك بخلاف الانقلاب، حيث أصبحت العلة علة للحكم بعد أن لم تكن كذلك. فابتداءً لم تكن علة ثم انقلبت وتحوّلت لتصبح علة للحكم ولذلك يثبت الحكم من حين الانقلاب، ولا يكون له امتداد على الماضي.

ومثال الانقلاب في الأحكام التعليق فيما يقبله من التصرفات، نحو قولِهِ:" إذا حضر مدينك من السفر فأنا كفيل بمالك عليه "، فهذا اللفظ ليس علة لثبوت الحكم في الحال، أي قوله:" إذا حضر مدينك من السفر فأنا كفيل.." ليس علة لثبوت الكفالة، ولا يطالب الكفيل بما كفل به، إلا أنه إذا حضر المدين من السفر ثبتت الكفالة، فهذا اللفظ الصادر من الكفيل لم يكن علة للكفالة حال صدوره، إلاّ أنّه انقلب فيما بعد فصار علة، وأصبح الكفيل مطالباً بالمكفول به.([1])

ج- التبيين:

التبيين لغة: الظهور والوضوح، يقال تبيّن الشيءُ : ظهر واتضح.([2])

والتبيين اصطلاحًا: أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل،([3]) وهو ما يعبّر عنه المالكية بمصطلح الانكشاف،([4]) والتبيين اصطلاح الحنفية، ولا فرق بينهما.

ومثاله في الأحكام الشرعية، قوله اليوم: إن كان زيد في الدار فأنت طالق، ثم يظهر في اليوم التالي أنه كان موجودًا فيها، فيحكم بوقوع الطلاق في اليوم ويعتبر ابتداء العدّة منهُ.([5])

الفرق بين التبيين وبين الأثر الرجعي:

في حالة الأثر الرجعي لم يكن الحكم ثابتًا في واقع الأمر في الماضي لعدم تمام علته، إلا أنه لما ثبت في الحاضر انسحب على الماضي وثبت أثره فيه. أما في حالة التبيين فقد كان الحكم ثابتاً في واقع الأمر لتحقق علته، إلا أنه لم يُعْلَم بثبوته إلا بعد وقت، وعدم العلم به لا ينافي ثبوته حقيقةً.

ويترتب على هذا الفرق أمران:([6])

الأول: أنه في حالة التبيين، يمكن للعبد أن يطّلع فيها على الحكم، وفي حالة الأثر الرجعي لا يمكن ذلك، ففي قوله:" إن كان زيد في الدار فأنت طالق" فإن معرفة أن زيدًا في الدار أو لا مما يدخل في قدرة العبد، بخلاف بيع الفضولي الموقوف على إجازة المالك، فإنه لا يمكن العلم

---

[1] انظر : ابن نجيم - الأشباه والنظائر - (ص٢٧١)، ابن عابدين - الحاشية - (٢٦٩/٣)، علي حيدر – درر الحكام - (٢٤٢/١)

[2] إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٨٠/١)

[3] ابن نجيم - الأشباه والنظائر - (ص٢٧١)، ابن عابدين - الحاشية - (٢٦٩/٣)

[4] أحمد المنجور – شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب – (٢٨٤/١)

[5] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص٢٧١) ، ابن عابدين – الحاشية – (٢٦٩/٣)

[6] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص٢٧١)، الموسوعة الكويتية – (١٠٨/٤)

بإجازته قبل أن يجيز، فإن أجيز البيع ثبت حكمه بأثر رجعي يمتد إلى وقت البيع وهو ما لا يعلم إلا بعد صدور الإجازة.

الثاني: في حالة التبيين لا يشترط قيام محل الحكم عند حصول التبيين فيه ولا يشترط كذلك استمرار وجوده إلى حين التبيين. فلو زال محل الحكم في الفترة ما بين ثبوت الحكم وتبين ثبوته لا يؤثر ذلك على ثبوته بعد التبيين ففي قوله لزوجته:" أنت طالق إن كان زيد في الدار"، فحاضت زوجته ثلاث حيض، ثم طلقها ثلاثاً، ثم تبين أن زيد كان في الدار في ذلك الوقت فإن تطليقه لها ثلاثاً لا يقع، لأنه تبين أن الطلاق الأول قد وقع وأن العدة منه قد انتهت، ولذلك فإن الطلاق الثلاث لم يصادف محلا لثبوته فلا يثبت.

أما في حالة الأثر الرجعي فلا بد من قيام محل الحكم حال ثبوته، ويشترط كذلك عدم انقطاع وجوده من وقت ثبوت الحكم إلى الوقت الماضي الذي يمتد إليه أثر الحكم، وبتعبير آخر، يجب بقاء محل الحكم من حين ابتداء انعقاد علته إلى حين تمامها وترتب الحكم عليها.

وذلك كالبيع الموقوف، فإنه إن أجيز ثبت أثر الإجازة بأثر رجعي يمتد إلى وقت الانعقاد لا إلى وقت صدوها شريطة بقاء المحل " المبيع "، فلو هلك قبل الإجازة ثم أجيز البيع لا تنفذ الإجازة ولا يثبت حكمها.([1])

[1] انظر: الكاساني – بدائع الصنائع - (١٥١/٥)

المبحث الثاني
الأثر الرجعي في النصوص القرآنية

تمهيد:

سبق أن ذكرت أن الفقهاء قد عرفوا الأثر الرجعي طريقًا من طرق ثبوت الأحكام الشرعية تحت مسمّى الاستناد أو الانعطاف، وقد بينوا كثيرًا من الفروع التي تثبت أحكامها بأثر رجعي إلا أنهم لم يتطرقوا لهذا المفهوم من خلال النصوص القرآنية، ولا يعني ذلك أنه ليس لهذا المفهوم ما يشهد له من النصوص القرآنية، بل الأمر خلاف ذلك، فإن المتتبع لآيات الأحكام وأسباب نزولها والوقائع والأحداث التي جاءت النصوص تعالجها وتبين أحكامها، يتبين بوضوح وجود ما يشهد لهذا المفهوم في تلك النصوص، وهو ما سأحاول توضيحه في هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
الأثر الرجعي للناحية المدنية في النصوص القرآنية

من خلال تتبع آيات الأحكام تجد أن كثيرًا منها قد امتد سريان أحكامها من الناحية المدنية([1])، على وقائع كانت سابقة في حدوثها على وقت نزول هذه النصوص، مما يثبت أن بعضاً من أحكام هذه النصوص قد ثبت بأثر رجعي، إذ هذا هو المقصود بالأثر الرجعي في هذا المقام.

إلا أن هذا لا يعني قطعاً أن جميع آيات الأحكام قد سرت آثار أحكامها المدنية بأثر رجعي، إنما المراد هنا هو الاستدلال ببعض النصوص كشواهد وأدلة تشهد لثبوت هذا المفهوم في النصوص الشرعية، وفيما يأتي نماذج من هذه النصوص:

أولاً: قوله تعالى:" وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلا تَعُولُواْ {٣}"([2])

فهذا النص القرآني قد أباح النكاح، وقصر هذه الإباحة على أربع نسوة، وقد وقع الاتفاق على حرمة الزيادة([3])، وأصبح هذا الحكم لازمًا بمقتضى هذا النص، وبالنظر إلى الوقائع المحتفة بهذا النص، تجد أن حكمه قد سرى من ناحيته المدنية على وقائع سابقة لنزولها، بحيث امتدّ ليشمل تلك الزيجات التي جمع أصحابها فيها أكثر من العدد المقرر بهذا النص.

---

[1] وأقصد بذلك ما يترتب على الحكم من آثار مدنية كالصحة والفساد والبطلان، وما يترتب على هذه الآثار من التزامات مما له علاقة بمعاملات الناس وعقودهم، وهي بهذا المعنى تقابل الناحية الجنائية.

[2] سورة النساء.

[3] انظر : ابن قدامة – المغني – (٥٣٩/٦)، ابن العربي – أحكام القرآن – (٤٠٨/١، ٤٠٩)، ابن حزم - المحلى - (٥/٩)

فمن ذلك ما رواه أصحاب السنن عن ابن عمر رضي ا عنهما أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة، فقال النبي صلى ا عليه وسلم: " اختر منهنّ أربعًا " فلما كان في عهد عمر طلق نساءه، وقسّم ماله بين بنيه، فبلغ ذلك عمر، فقال: إني لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه في نفسك، ولعلك لا تلبث إلا قليلاً، وأيم ا لتراجعن نساءك ولترجعن مالك، أو لأورثهن منك، ولآمرن بقبرك فيرجم كما رجم قبر أبي رغال "([1]).

ووجه الاستدلال بهذا النص أن النبيّ صلى ا عليه وسلم أمر غيلان الثقفي بإمساك أربع نسوة، ومفارقة ما زاد عن ذلك عملا بمقتضى النص القرآني، علمًا بأنّ زواج غيلان كان سابقًا على نزول النص، وإلزام النبيّ صلى ا عليه وسلم غيلان بمقتضى النص المحرّم للزائد عن أربع، يدل على سريان حكم ذلك النص بأثر رجعي اقتضى هذا السريان الحكم بإبطال عقد نكاح ما زاد عن الأربع، حتى لو كان ذلك واقعًا قبل التشريع([2]).

ثانيًا: قوله تعالى: " وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ {٢٧٥}"([3]).

وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ {٢٧٨} فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ {٢٧٩} "([4])

فبمقتضى هذين النصّين المحرمين للربا، أصبحت المعاملة الربوية ذات وصفين:([5])

الأول: مدني، ويتمثل في بطلان هذه المعاملة وفسادها، وعدم استحقاق الدائن ما يزيد على دينه.

الثاني: جنائي، ويتمثل في استحقاق متعاطي هذا النوع من المعاملات للعقوبة التعزيرية.

ومن خلال الأحداث المحتفة بهذين النصين نجد أن الأثر المدني لهما لم يقتصر على العقود المبرمة، أو التي ستبرم بعد النزول، وإنما امتدّ إلى الماضي ليطال بعضًا من تلك العقود التي أبرمت قبل النزول، فحكم عليها بالبطلان كأثرٍ رجعيّ للنص.

إلا أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود والمعاملات المشتملة على وصف الربا:

الأول: ما تم تنفيذه من هذه العقود، بحيث قبض الربا أو استهلك من قبل متعاطيه، فهذا النوع قد عفي عنه، ومن ثمّ لم يكن للنصوص المحرمة للربا أثر رجعي بالنسبة لهذا النوع من العقود.

---

[1] أخرجه أحمد في المسند - (٢٥١/٨)، والترمذي في السنن واللفظ له - باب في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة - (ص٢٦٨،٢٦٧) – حديث رقم (١١٢٨)، وابن ماجه في السنن- باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة - (ص٣٣٨) - حديث رقم (١٩٥٣)، وهو صحيح ، انظر: الألباني - إرواء الغليل

[2] انظر: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٣/١)

[3] سورة البقرة

[4] سورة البقرة

[5] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٤/١)

وهذا المعنى وهو انتفاء رجعية النصوص بالنسبة لما تم قبضه هو المقصود من قوله تعالى: " فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ من ربهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ ".

قال ابن كثير: - في سياق تفسيره لهذه الآية – " أي من بلغه نهي ا عن الربا فانتهى حال وصول الشرع إليه فله ما سلف من المعاملة، ونقل عن سعيد بن جبير والسدي قولهما أن معنى " فَلَهُ مَا سَلَفَ " أي ما كان أكل من الربا قبل التحريم "([1]).

وممّا يؤكد هذا المعنى أيضًا أن النص جاء بلام التمليك في قوله " فله " إشارة إلى أن ما أخذه قبل نزول النص فهو ملك له لا يجب رده "([2]).

الثاني: العقود التي أبرمت قبل نزول النصوص المحرمة للربا، لكن تراخى تنفيذها، بحيث لم يتم قبض الربا، أو تم قبض البعض دون البعض الآخر، حتى نزلت النصوص المحرمة للربا، فإن هذا النوع من العقود وإن كانت أبرمت قبل التشريع، إلا أن النص قد سرى حكمه بأثر رجعي بالنسبة لها، ولذا أُمِرَ من لم يقبض الربا بالانتهاء عن ذلك.

يقول صاحب اللباب في تفسيره لقوله تعالى " وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِبَا " يعني إن كنتم قبضتم منه شيئًا فيعفو عنه، وإن لم تقبضوه أو لم تقبضوا بعضه، فالذي لم يُقبض حرام قبضه "([3]).

ويقول القرطبي في معرض تفسيره لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِبَا " يقول:" ظاهره أنه فيما لم يقبض "([4]).

قلت بل يتعين حمله على هذا، جمعًا بين ما أفاده النص وما أفاده قوله تعالى:" فله ما سلف".

ويؤكد هذا المعنى أمران:

الأمر الأول: سبب نزول النص. فقد روي أن النص قد نزل في بني عمرو من ثقيف وبني المغيرة من مخزوم، كان بينهم ربا في الجاهلية، فلما جاء الإسلام ودخلوا فيه، طلبت ثقيف أن تأخذ منهم الربا، فأبت بنو المغيرة وقالوا: لا نؤدي الربا في الإسلام، فكان ذلك سببًا في خلاف حدث بينهم، فكتب ذلك عتاب بن أسيد رضي ا عنه _ وكان أميرًا على مكة – إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم، فنزل قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا اتقوا ا وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من ا ورسوله " الآية. فقالوا نتوب إلى ا تعالى ونذر الربا، وتركوا مالهم ولم يطلبوه بعد ذاك "([5]).

---

1 انظر: تفسير ابن كثير – (٢٨٧/١)

2 حاشية محيي الدين زاده على تفسير البيضاوي - (٦٧٢/٢)

3 ابن عادل الدمشقي – اللباب في علوم الكتاب – (٤٥٩/٤)

4 انظر: القرطبي - تفسير القرطبي – (٣٦٢/٣، ٣٦٣)

5 انظر: تفسير ابن كثير – (٢٩٠/١)، حاشية محيي الدين زاده على البيضاوي – (٦٧٤/٢)

الأمر الثاني: قوله صلى ا   عليه وسلم في حجة الوداع " وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا، ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله "([1]).

يقول النووي :" في هذه الجملة إبطال أفعال الجاهلية وبيوعها التي لم يتصل بها قبض "([2]).

وهذا التفريق بين سريان حكم النص بأثر رجعي على غير المقبوض من الربا، وعدم سريانه على ما تم قبضه هو المتفق مع قواعد الشريعة ومقاصدها القائمة على التيسير ورفع الحرج، ذلكم أن التكليف برفع ما مضى من تلك العقود وإبطالها وردّ ما ترتب عليها من التزامات قد تمّ تنفيذها واستهلاك محلها، فيه من الحرج والمشقة ما ينافيان طبيعة التشريع القائمة على التيسير ورفع الحرج.

في حين أن التكليف بإبطال العقود التي أبرمت قبل النص إلا أنها لم تنفذ، لا يترتب عليه ذلك الحرج، فضلا عن أن الاستمرار في التنفيذ رغم نزول النص المحرم وسريانه فيه منافاة للامتثال لحكم الشرع وهو مما لا يمكن إقراره بحال.

ثالثًا: قوله تعالى - في معرض سياق المحرمات من النساء -:" وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً {٢٣}"([3])

ووجه الاستدلال بهذا النص أن ا   تعالى حرّم الجمع بين الأختين في عصمةٍ واحدة، وقد سرى هذا الحكم على أنكحةٍ سابقة في حدوثها على النص فقد روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال:" قلت يا رسول ا   : إني أسلمت وتحتي أختان؟ قال " طلّق أيتهما شئت "([4])، فهذا الحديث يؤكد أن النص السابق كان له أثر رجعي من ناحيته المدنية اقتضى ذلك وجوب تصحيح النكاح القائم على الجمع بين الأختين وذلك بمفارقة أحداهما.

وأما قوله:" إلا ما قد سلف " ففيه قولان:

الأول: أن ذلك نفي لرجعية النص من ناحيته الجنائية، بمعنى أن ما وقع من هذا النكاح قبل نزول آية التحريم فإنه معفوٌ عنه ولا عقاب على من فعله ([5]).

---

[1] أخرجه مسلم في صحيحه – انظر صحيح مسلم بشرح النووي - (١٨٢/٨)

[2] النووي - شرح صحيح مسلم - (١٨٢/٨)

[3] سورة النساء

[4] أخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان – (ص٣٤٠)، حديث رقم (٢٢٤٣)، وابن ماجه في السنن- باب الرجل يسلم وعنده أختان – (ص٣٣٨)، حديث رقم (١٩٥١).

[5] ابن عادل الدمشقي – اللباب في علوم الكتاب – (٢٩٤/٦)

الثاني: أن ذلك نفي لرجعية النص من ناحيته المدنية، بمعنى إقرار ما سبق من هذه الأنكحة ولو أدرك أصحابها الإسلام، وعدم سريان حكم النص المُحَرم عليها، بل يُقر أصحابها عليها ولا يؤمرون بتصحيحها "([1]).

والراجح أن قوله تعالى:" إلا ما قد سلف " نفي لرجعية النصّ من ناحيتهِ الجنائية بمعنى: لا إثم ولا عقاب على من فعل ذلك قبل ورود النص، لأن هذا هو ما تقضي به قواعد التكليف.

وما قيل بشأن هذا النص يقال أيضًا بشأن تحريم نكاح زوجة الأب، حيث كان العرب يفعلونه، فلما جاء الإسلام حرّمه ا تعالى بقوله:" وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم منَ النسَاء ِإلا مَا قَدْ سَلَفَ ِإنهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمقْتًا وَسَاء سَبِيلاً {٢٢} "([2]).

ولم يُقرّ النبيّ صلى ا عليه وسلم أحدًا على نكاح زوجة أبيه([3])، ولو كان ذلك واقعًا قبل نزول النص لأنّ الحكم بالتحريم انسحب على الماضي ليشمل ما كان واقعًا قبله، وأما قوله:" إلا ما قد سلف " فهو استثناء من لازم معنى النهي([4])، إذ يلزم من النهي عن ذلك النكاح العقاب عليه، فجاء قوله:" إلا ما قد سلف " لينفي هذا اللازم على سبيل العفو منه سبحانه وتعالى، وعلى ذلك يكون معنى إلا ما قد سلف، نفي لرجعية النص من ناحيته الجنائية وليست المدنية.

المطلب الثاني

الأثر الرجعي للناحية الجنائية في النصوص القرآنية

ويقصد بالأثر الرجعي للناحية الجنائية في النصوص القرآنية، هو سريان النص المقرر للعقوبة تقريرًا صريحًا أو لزوميًا على الوقائع الجرمية التي وقعت قبل نزوله.

ولقد سبق أن رأينا أن النص القرآني قد يكون له أثر رجعي لما يتضمنه من أحكام من الناحية المدنية.

أما من الناحية الجنائية وهو ترتيب العقوبة على جرائم سابقة على النص، فالقاعدة العامة التي تظهر من خلال تتبع آيات الأحكام ذات الصلة، أنه لا رجعيّة للنصوص من هذه الناحية.

وقد صرحت بعض النصوص بانتفاء الرجعية الجنائية للنص القرآني، وذلك بقوله تعالى:" إلا ما قد سلف "، وبقوله تعالى:" فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف "، وهذه الصيغة في نفي المؤاخذة على ما سبق ارتكابه من أفعال محرمة قبل التشريع، صيغة عامة، فلا تقتصر على محلها فهي تعني أن من جاءه أمرٌ أو نهي عن فعل من أفعال الجاهلية فامتثل لهذا النهي

---

[1] الشوكاني - فتح القدير – (٧١٧/١)

[2] سورة النساء ، وانظر ما جاء حول فعل العرب ذلك عند ابن كثير في تفسيره - (٤١٣/١، ٤١٤).

[3] ابن عادل _ اللباب_ (٢٧٨/٦)

[4] تفسير البيضاوي بحاشية محيي الدين زادة – (٢٨٨/٣)، وانظر حاشية القونوي على البيضاوي – (٨٦/٧)

وترك ما كان عليه، فإنه لا يعاقب على ما كان منه قبل ذلك، ويكون العقاب على القابل من الأفعال دون ما مضى([1]).

فهي بذلك تقرر قاعدة عامة في انتفاء الرجعية الجنائية في النص القرآني.

ولو رجعنا إلى النصوص التي سبق ذكرها، لتأكد هذا المعنى. فعلى سبيل المثال إن النكاح بأكثر من أربع زوجات أصبح بمقتضى قوله تعالى:" فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع " أصبح محرمًا، وتحت طائلة العقاب إلا أنه لم ينقل عن النبيّ صلى ا عليه وسلم أن عاقب أحدًا على ذلك قبل نزول هذا النص، بل اكتفى صلى ا عليه وسلم بأمر من أدرك الإسلام وفي عصمته أكثر من أربع أن يمسك أربعًا ويفارق الأخريات.

وكذلك الأمر بالنسبة للجمع بين الأختين أو شرب الخمر، أو الزنا، أو الزواج بزوجة الأب، فلم يعهد ولم ينقل عن النبي صلى ا عليه وسلم أنه عاقب على فعل من هذه الأفعال التي ارتكبت قبل نزول نصوصها المحرمة لها([2]).

وقد نصت بعض هذه النصوص صراحة على انتفاء الرجعية الجنائية كما سبق في آية الزواج بأكثر من أربع، وكما وقع أيضًا في آية تحريم الجمع بين الأختين، أو نكاح زوجة الأب وذلك بقوله تعالى:" إلا ما قد سلف "، يقول البيضاوي في معنى هذه الجملة قال:" هو استثناء من لازم معنى النهي وقوله " إلا ما قد سلف " نفي لهذا اللازم تفضّلا منه سبحانه وتعالى على عباده "([3])، وسيأتي مزيد من الأدلة على أن القاعدة العامة في التشريع هي انعدام الأثر الرجعي للتشريع الجنائي وذلك في فصل الأثر الرجعي في العقوبات.

---

[1] أبو زهرة – الجريمة والعقاب – (ص٣٢٤)

[2] انظر: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي - (٢٦٢/١ - ٢٦٤)

[3] تفسير البيضاوي بحاشية محيي الدين زادة – (٢٨٨/٣)

المبحث الثالث

القواعد الأصولية والفقهية الموجّهة للأثر الرجعي

تمهيد:

يرتبط مفهوم الأثر الرجعي من حيث كونه انسحاب الحكم الثابت في الحال على الماضي، بقواعد أصولية وفقهية متعددة، ولهذا الارتباط وجهان:

الوجه الأول:

ارتباط إيجابي، بحيث تشكل هذه القواعد الأصولية والفقهية من هذا الوجه في بعض جوانبها وتطبيقاتها ضابطاً يندرج تحتها كثير من الفروع الفقهية العملية التي تثبت أحكامها بأثر رجعي مع ملاحظة أن هذا الاندراج لا ينافي وقوع الخلاف في بعضها بين الفقهاء لاختلافهم في أصل القاعدة.

الوجه الثاني:

والوجه الثاني لهذا الارتباط يظهر لأوّل وهلة على أنه ارتباط سلبي، بمعنى أن هذه القواعد الأصولية والفقهية بما تقرره من معانٍ تنافي ثبوت الأحكام (بشكل عام) بأثر رجعي، أي أن هذه القواعد أو بعضها ينفي مدلوله الأوليّ إمكانية تحقق الحكم في الحال ثم انسحابه على الماضي، بحيث تغدو هذه القواعد لأول وهلة، إشكالاً يعترض تحقق الحكم وثبوته بأثر رجعي.

وقلت إن هذه العلاقة السلبية هي علاقة أولية، لأن هذه السلبيّة تندفع بعد التمحيص والتحقيق في مدلول تلك القواعد، مما يظهر معه عدم منافاة مدلول تلك القواعد ومقتضياتها لمفهوم الأثر الرجعي، وسيتضح ذلك جلياً خلال بحث أهم هذه القواعد في هذا المبحث.

المطلب الأول

قاعدة " الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا "

من القواعد المقررة أصوليًا قاعدة الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا،([1]) بمعنى أنّ الحكم الشرعي يثبت عند ثبوت علته وينتفي بانتفائها، والناظر إلى الأحكام الشرعية التي يمكن أن تثبت بأثر رجعي يرى أن العلة انفصلت عن حكمها، بحيث تثبت العلة دون حكمها، حتى إذا ما ثبت حكمها رجع أثره إلى الوقت الذي انعقدت فيه العلة، وهنا يثور سؤالان:

الأول: هل يصح أن تثبت العلة ثم يتراخى حكمها عنها؟

الثاني: إذا جاز هذا التراخي، فما هو سببه؟

والإجابة عن ذلك تتوقف على معرفة أنواع العلة، وهي كما يذكر الأصوليون ستة أنواع،([2]) وإن العلة الشرعية الحقيقية التي يثبت الحكم بثبوتها وينتفي بانتفائها يجب أن تتوفر فيها ثلاثة أوصاف([3]):

الأول : أن تكون علة اسمًا، وذلك بأن يضاف موجبها إليها بلا واسطة .

الثاني: أن تكون علة معنى، بأن تكون مؤثرة في إثبات ذلك الحكم.

الثالث: أن تكون علة حكمًا، بأن يثبت الحكم بوجودها متصلاً بها من غير تراخ.

فإذا توفرت هذه الأوصاف الثلاثة، كانت علة حقيقية، وهي التي لا يصح تراخي حكمها عنها([4]).

وأما إذا تخلف وصف من هذه الأوصاف، كانت علة مجازًا، وحينها تختلف أسماء هذه العلل المجازية باختلاف الوصف المفقود منها.

ومن أنواع العلل المجازية، العلة اسمًا ومعنىً لا حكمًا، سواء أشبهت هذه العلة السبب أم لا، إذ قد توجد العلة اسمًا ومعنى، لا حكمًا مشابهة للسبب، وقد توجد اسما ومعنى، لا حكمًا غير مشابهة للسبب، وهي في الحالين يتراخي عنها حكمها وذلك لتوقف ثبوت الحكم على وصف منتظر، أو لوجود مانع منع من ترتب الحكم عليها، فإذا ما ثبت الوصف، أو انتفى المانع ثبت الحكم من حين وجود أصل العلة لا من حين ثبوت وصفها أو انتفاء المانع.

---

[1] وهي ما يعبر عنه الأصوليون بمسلك الدوران، وهو معتبر عند جمهور الأصوليين، انظر في ذلك السبكي – الإبهاج في شرح المنهاج – (٧٣،٧٢/٣)، الشوكاني – إرشاد الفحول – (ص٣٧٤)

[2] انظر هذه الأنواع عند السرخسي – أصول السرخسي – (٣١٢/٢)

[3] السرخسي - أصول السرخسي – (٣١٢/٢)، عبد العزيز الربيعة – السبب عند الأصوليين – (١١٥/٢)

[4] التفتازاني – شرح التلويح على التوضيح – (٢٧٤/٢)، السرخسي - أصول السرخسي – (٣١٣/٢)

من هنا نخلص إلى القول بأن التراخي الحاصل بين العلة وحكمها إنما يحصل في نوع من العلل المجازية وهو: العلة اسما ومعنى لا حكمًا([1])، ويرجع هذا التراخي لسببين وهما:

الأول: تحقق أصل العلة وتخلف وصف من أوصافها: فإذا ما ثبت هذا الوصف ثبت الحكم ورجع أثره إلى وقت وجود أصل العلة.

الثاني: وجود مانع يمنع من ترتب الحكم على علته، فإذا زال المانع ثبت الحكم بأثر رجعي يمتد إلى وقت وجود العلة.

وفيما يأتي أمثلة لتوضيح ما سبق:

مثال العلة التي تحقق أصلها دون وصفها:

يمثِّل الأصوليون للعلة التي تحقق أصلها دون وصفها بمرض المَوْت([2])، فمرض الموت علة للحجر على المريض ومنعهِ من التبرع بما زاد عن الثلث، لتعلق حَق الورثة بماله، سواء كان هذا التبرع بالهبة، أو الصدقة، أو الوصية، أو غيرها من وجوه التبرع، ومرض الموت هذا علة للحجر اسمًا ومعنىً لا حكمًا فهو علة اسمًا: لأنه موضوع للحجر شرعًا، والحكم يضاف إليه شرعًا فيقال : إن فلاناً محجور عن التصرف الفلاني لكونه في مرض الموت، وهو أيضًا علة معنىً، لأنه هو المعنى الذي من أجله شرع الحجر عن التصرف.

إلا أن مرض الموت ليس علة حكمًا، لأن حكمه وهو المنع من التصرف وما يترتب على هذا المنع من الإبطال، لا يثبت إلا بوصفٍ وهو اتصال الموتِ به، وهذا الوصف منتظر، فإذا تم اتصال المرض بالموت ثبت حكم الحجر بأثر رجعي حتى يحكم ببطلان تبرع المريض بما زاد على الثلث، من أول المرض لا من حين الموت([3]).

مثال العلة التي تراخي حكمها لمانع:

ومثال العلة التي تراخى حكمها لمانع، البيع الموقوف، فالبيع الموقوف علة اسمًا ومعنى لا حكمًا، قال السرخسي: "وأما العلة اسما ومعنى لا حكمًا، فنحو البيع الموقوف، فإنه علة للملك من حيث أنه بيع حقيقة موضوع لهذا الموجب، ومعنىً من حيث إنه منعقد شرعًا بين المتعاقدين لإفادة هذا الحكم"([4])، ثم قال:" وهو(أي البيع الموقوف) ليس بعلة حكمًا لما في ثبوت الملك به

---

[1] لا يحدث هذا التراخي في العلة الحقيقية الكاملة ، كما حقق ذلك السرخسي في أصوله – انظر أصول السرخسي – (٣١٣/٢)

[2] البخاري – كشف الأسرار – (٢٧١/٤)، السرخسي – أصول السرخسي – (٣١٥/٢، ٣١٦)

[3] السرخسي – أصول السرخسي – (٣١٦/٢)

[4] السرخسي – أصول السرخسي – (٣١٣/٢)

من الإضرار بالمالك في خروج العين عن ملكه من غير رضاه، ولهذا إذا وُجدت الإجازة منه يستند الحكم إلى وقت العقد حتى يملكه المشتري بزوائده"([1]).

فقوله:" لما في ثبوت الملك به من الإضرار بالمالك في خروج العين عن ملكه من غير رضاه " إشارة إلى المانع الذي اقتضى عدم ترتب الحكم على علته مباشرة، وهذا المانع - في مثالنا - هو ذلك الضرر الذي يلحق بالمالك جراء خروج ماله من ملكه دون إذنه، حتى إذا ما زال هذا المانع (وذلك بالإجازة) ثبت الحكم بأثر رجعي من حين وجود العلّة (وهي العقد) لا من حين زوال المانع بالإجازة، وهو ما يعني تملّك المشتري للمبيع من حين العقد لا من حين الإجازة، ويظهر أثر ذلك في زوائد المبيع الحاصلة بعد العقد وقبل الإجازة، إذ يحكم في هذا الحالة بملكية المشتري لها.

مما سبق يتبيّن لنا أن العلة التي يدور الحكمُ معها وجودًا وعدمًا ولا يصحّ تراخي الحكم عنها هي العلة الكاملة الحقيقية التي يعبر عنها الأصوليون بالعلة اسمًا ومعنىً وحكمًا، ومن ثمّ، فلا تنافي بين مدلول " قاعدة الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا " مع ثبوت الأحكام بأثر رجعيّ، والذي كان سببه ذلك التراخي الحاصل بين الحكم وعلته، لأنه تبيّن من العرض السابق أن العلة التي يتراخى حكمها عنها (وإذا ثبت ثبت بأثر رجعيّ) إنما هي علة مجازية لا حقيقية.

---

[1] السرخسي - أصول السرخسي – (٣١٣/٢)

المطلب الثاني

قاعدة " التقديرات الشرعية "

ومما له علاقة بالأثر الرجعي ما يعرف بقاعدة " التقديرات الشرعية"([١]) وهذه القاعدة لها ثلاثة جوانب:([٢])

الجانب الأول: جعل المعدوم كالموجود في الأحكام، وإعطاؤه أحكامه وإعطاء الموجود حكم المعدوم، وذلك ضرورة تصحيح بعض التصرفات.

الجانب الثاني: جعل المتوهم كالمحقق في الوجود، وابتناء الأحكام على ذلك.

الجانب الثالث: إعطاء ما يرى على بعض الوجوه حكم ما يرى على كلها احتياطًا وإبراءً للذمة لا سيما في العبادات.

وتتمثل علاقة هذه القاعدة بمفهوم الأثر الرجعي في أنها تدفع إشكالا قد يثار حول ثبوت حكم الفسخ في العقود بأثر رجعي، ذلكم أنّ ثبوت الفسخ بأثر رجعي يعني رفع العقد وإعادة العاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ويَردُ على هذا أن إخراج ما تضمنه الزمن الماضي محال، ثم إن حُمل ذلك الرفع على آثار العقد دون أصله، فالآثار أيضًا من جملة الأمور التي حدثت ووقعت، فكيف يُتصور بعد ذلك رفعها استنادًا إلى القول بأن انحلال العقد بالفسخ يثبت بأثر رجعي يمتد إلى أصل العقد.

لقد تكفل القرافي بالإجابة على هذا الإشكال من خلال هذه القاعدة مبيّنًا أن للشرع سلطة تقدير المعدوم موجودًا، وتقدير الموجود معدومًا، فقال:" من قواعد الشرع التقديرات، وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود"([٣])، وبالتالي فإن العقد إذا طرأ عليه ما يوجب فسخه بعد انعقاده فإن الشرع – والحالة هذه – يعطيه حكم عقد لم يوجد لا أنه يرفعه بعد وجوده حقيقة. وبهذا التقدير يندفع الإشكال المثار حول ثبوت فسخ العقد بأثر رجعي، بحيث يمتد أثر ذلك الفسخ إلى أصل العقد، فلو تلف المبيع مثلا قبل القبض، فإن البيع ينفسخ بالتلاف ويرجع الملك في البدلين إلى طرفي العقد، ولا يتصور رجوع الملك بعد تلاف المبيع لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً فيُقدّر انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه([٤]).إلا أن ابن نجيم دفع هذا الإشكال المثار

---

[1] ذكرها القرافي تحت الفرق بين " قاعدة رفع الواقعات" وقاعدة " تقدير ارتفاعها " انظر: القرافي – الفروق – (٢٧،٢٦/٢)، ويذكرها البعض تحت قاعدة : " إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود"، انظر: الونشريسي – إيضاح المسالك إلى قواعد مالك – (ص٢٤٦)، القاعدة رقم (٥١)، وانظر: تقي الدين الحصني – القواعد – (٢٤٠/٢)، العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – (٢٧٠/٢)

[2] موسوعة القواعد الفقهية – (١٨٩،١٨٨/٥)

[3] القرافي – الفروق – (٢٧/٢)

[4] تقي الدين الحصني – كتاب القواعد – (٢٤٠/٢)، الزركشي – المنثور في القواعد – (١٧٣/٢)

حول امتداد أثر الفسخ إلى وقت انعقاد العقد، بحمله ذلك على رفع العقد، وجعله في حكم المعدوم بالنسبة للمستقبل لا فيما مضى .

إلا أن دفع ابن نجيم هذا يَرِدُ عليه بأنه مخالف لما وقع الاتفاقُ عليه في رفع العقد من أصله، بالنسبة لبعض آثاره، في بعض صور الفسخ كتلك التي ذكرتها، وهي فيما لو هلك المبيع قبل القبض، فإن فسخ البيع في هذه الحالة يرفع العقد من أصله، ويثبت حكمه بأثر رجعي إلى المحلّ والآثار التي ترتبت على ذلك الحكم، حتى عند الحنيفية أنفسهم([1])، ومن ثم فلا وجه لما ذكره ابن نجيم من اقتصار ثبوت آثار الفسخ على المستقبل دون الماضي.

وقد أجاب الشيخ الزرقاء على الإشكال المذكور – بعد سياقه لكلام ابن نجيم السابق – بقوله:" إن الفقه إنما يُبنى على المصالح وما تقتضيه دواعيها من الاعتبارات لا على مثل هذه التوليدات النظرية، وكثيرًا ما تنفك في بناء أحكامه اللوازم النظرية المجردة استنادًا إلى ما توجبه مصلحة التطبيق"([2]).

ممّا سبق نخلص إلى القول بأن قاعدة التقديرات الشرعية تعد ضابطاً يندرج تحتها كثير من صور فسخ العقد وحالاته، تلك الصور والحالات التي يثبت فيها حكم الفسخ بأثر رجعي، على خلاف في مدى هذه الرجعية بين عودها إلى المحل فقط، أو إلى المحل والآثار التي ترتبت على ذلك المحل وليس في ذلك ما يخالف عقلا أو شرعًا.

يقول القرافي: - بعد أن قرر القاعدة المذكورة - " وهذا كله فقه مستقيم وليس فيه مخالفة قاعدة عقلية حتى يلزم ورود الشرع بخلاف العقل وهو من قاعدة تقدير رفع الواقعات لا من قاعدة رفع الواقعات"([3]).

---

[1] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٣٠٦/٦)

[2] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٣١/١ / الحاشية)

[3] القرافي – الفروق – (٢٧/٢)

المطلب الثالث

قاعدة " الملك ينعطف إلى أول وقت انعقاد سببه "

ومن القواعد الفقهية التي ترتبط بالأثر الرجعي في الأحكام الشرعية، وتعد ضابطاً يندرج تحتها كثير من الفروع الفقهية التي تثبت أحكامها بأثر رجعي ما ذكره ابن رجب الحنبلي تحت القاعدة السادسة عشرة بعد المائة ونصها :" من استند تملكه إلى سبب مستقر لا يمكن إبطاله، وتأخر حصول الملك عنه، فهل ينعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب، ويثبت أحكامه من حينئذٍ أم لا ويثبت من حين الملك "([1]) قال:" فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة ". ثم ساق عددًا من الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة مبيّنًا وقوع الخلاف في أكثرها. ومن هذه الفروع:

أولاً: ملك الشفيع إذا أخذ الشفعة وثمّ نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر قال: وفيه وجهان([2])، وهو ما يعني أن الشفيع إذا أخذ الأرض وفيها نخل مؤبر وقت الأخذ ولم يكن كذلك وقت البيع فهل يملكه الشفيع؟ فعلى القول بثبوت ملكية الشفيع لها فذلك يعني ملكيته له بأثر رجعي امتد إلى وقت عقد البيع، وهو الوقت الذي لم يكن النخل فيه قد أبر. ومذهب الحنابلة يقضي بأن ثمر النخيل غير المؤبر يدخل في بيع أصله تبعًا، وهو ما يعني ثبوت الشفعة فيه([3]).

وعلى القول بأن الشفعة إنما أثبتت ملكية الشفيع للأرض والشجر من حين الأخذ لا من حين العقد، وأن ملكية الشفيع ثبتت مقتصرة على وقت الأخذ ولم يكن لها أثر رجعي فهذا يعني أن الثمار لا تدخل في ملك الشفيع لأنها كانت وقت الأخذ مؤبرة، والتأبير عند الحنابلة بمثابة القطاف، فتكون للمشتري الأول، ويأخذ الشفيع الأصل بحصته من الثمن([4]).

ثانيًا: ملك الموصى له، إذا قبل بعد الموت، فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا؟ قال: وفيه خلاف معروف([5]).

فعلى القول بثبوت الملك من حين الموت فذلك يعني ثبوت الملك في الموصى به للموصى له بأثر رجعي، فيكون ما حصل في الموصى به من زوائد بعد الموت وقبل القبول قد حصل على ملك الموصى له وليس على ملك الورثة.

وعلى القول بثبوت الملك في الموصى به للموصى له من حين القبول " وهو أحد قولين في المسألة " فإن ذلك يعني أن ملكه قد ثبت مقتصرًا وليس له أثر رجعيّ، وعليه يكون ما حصل

---

[1] انظر: ابن رجب – القواعد في الفقه الإسلامي – (ص٢٥٥)، القاعدة رقم (١١٦)

[2] ابن رجب – القواعد – (ص٢٥٥)، والتأبير: التلقيح وذلك بأن يشق طلع النخلة الأنثى ويذر فيها شيء من طلع النخل الذكر، انظر: الفيومي – المصباح المنير – (٢/١)، الجوهري - مختار الصحاح – (٥٧٤/٢)، ابن حجر – فتح الباري – (٤٦٩/٤)

[3] ابن قدامة – المغني – (٣٤٦/٥)، البهوتي – كشاف القناع – (١٤٠/٤)

[4] ابن قدامة – المغني – (٣٤٦/٥)، البهوتي – كشاف القناع – (١٤٠/٤)

[5] ابن رجب – القواعد – (ص٢٥٥)

من زوائد في الموصى به بعد الموت وقبل القبول، قد حصل على ملك الورثة وليس للموصى له منها شيء([1]).

ثالثًا : ومن الفروع التي خرّجها على هذه القاعدة أيضًا: تصرفات الفضولي الموقوفة على إجازة المالك([2])، فعلى القول بثبوت الملك بعد الإجازة – من حين العقد (وهو أحد قولين في المسألة) – فهذا يعني ثبوت الملك بأثر رجعي وعلى القول بثبوته من حين الإجازة وهو القول الآخر في المسألة، فهذا يعني ثبوت الملك مقتصرًا وليس له أثر رجعي([3]).

وقد ألحق ابن رجب بهذه القاعدة بعض فروع العبادات، كما لو نوى الصائم نافلة أثناء النهار، فهل يثبت له حكم الصوم من أوله، فيكون حينئذ للنية أثر رجعي، أم له حكم الصائم ابتداءً من وقت النية فتكون النية على ذلك مقتصرة ؟ وفائدته في الثواب ؟

ويجدر التنبيه على عدة أمور، حول كلام ابن رجب على هذه القاعدة، أجملها فيما يأتي:

أولاً: لقد قصر ابن رجب نص القاعدة على الملك مبيناً مدى ثبوت أحكامه بأثر رجعي، وهو ما عبر عنه بمصطلح الانعطاف، وذلك من خلال جملة من الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة مشيرًا إلى أن أغلب هذه الفروع محلّ خلاف بين فقهاء المذهب، تبعاً للاختلاف في أصل القاعدة والملاحظ هنا: أن الأثر الرجعي أو الانعطاف – على حد تعبير ابن رجب – لا يقتصر محله على الملك وأسبابه، بدليل أن ابن رجب نفسه قد ألحق بهذه القاعدة فروعاً تثبت أحكامها بأثر رجعي وهي ليست من أحكام الملك ولا من أسبابه، فقد قال: - بعد أن ذكر فروع هذه القاعدة - " ويشبه هذه المسائل إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار منهن أربعًا، انفسخ نكاحه في البواقي، وهل يبتدئ العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن إنما انفسخ به، أو من حين الإسلام لأنه السبب؟ على وجهين "([4]).

ثم قال بعد ذلك:" ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التي يكتفي بحصول بعض شرائطها في أثناء وقتها إذا وجد الشرط في أثنائها،فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطها من ابتدائها أم لا ؟"([5]) وفرّع على ذلك عددًا من الفروع.

من هنا يظهر بوضوح أن القاعدة لا تقتصر في مدلولها على أحكام الملك، بل تتعداه إلى غيره من الأحكام، ولذلك فإن ابن رجب لو عبر عن هذا المعنى بالتراخي الحاصل بين انعقاد السبب – مطلقاً – وبين حكمه دون تقييد ذلك أو حصره في الملك، لربما كانت القاعدة في هذه

---

[1] ابن قدامة – المغني – (٢٦،٢٥/٦)

[2] ابن رجب القواعد - (ص٢٥٥)

[3] وسيأتي مزيد من التوضيح لهذه الأمثلة في المباحث التطبيقية إن شاء ا تعالى.

[4] ابن رجب – القواعد – (ص٢٥٦)

[5] ابن رجب – القواعد – (ص٢٥٦، ٢٥٧)

الحالة أعمّ، وأشمل انطباقًا على فروعها، إلا أن يقال إن ابن رجب أراد تأصيل القاعدة على أحكام الملك، وإلحاق غيره به قياسًا. وما يؤيد هذا التخريج أنه ألحق فعلاً بالملك بعض الفروع الفقهية الأخرى.

ثانيًا: لقد ذكر ابن رجب السبب في وقوع الخلاف حول ثبوت أحكام الملك بأثر رجعي أم لا، وهو ذلك التراخي الحاصل بين تحقق الملك وبين انعقاد سببه.

إلا أنه لم يذكر ما هي مقتضيات هذا التراخي. وقد سبق أن ذكرت السبب في ذلك مبيناً أن مرده إلى واحد من أمرين :

الأول: تخلف وصف من أوصاف العلة.

الثاني: وجود مانع يمنع من ترتب الحكم على علته.

فلم يذكر ابن رجب ذلك، رغم أنه ذكر تصرفات الفضولي كفرع من فروع القاعدة، وهو ما يتضمن تطبيقًا على السبب الثاني من أسباب تراخي الحكم عن علته، وهو وجود المانع المتمثل في الضرر المحتمل لحوقه بالمالك، وذلك بخروج ماله من ملكه دون إذنه، حتى إذا ما زال هذا المانع بالإجازة ثبت الحكم بأثر رجعي يمتد إلى وقت العقد، مع مراعاة الخلاف الذي أشار إليه ابن رجب.

المطلب الرابع

قاعدة " الفسخ يرفع العقود من حينه وقيل من أصلها "

يطلق الفسخ في اللغة على عدّة معانٍ منها التفريق : يقال فسخ الأشياء أي فرّقها، ويأتي بمعنى الإزالة يقال فسخ الشيء عن موضعه أي أزاله، ومن معانيه أيضًا: الضعف والجهل، يقال: فسخ الرجل فسخاً إذا ضعف وجهل([1])، وأقرب هذه المعاني إلى موضوعنا هو: الإزالة.

وأما اصطلاحاً، فالفسخ هو: حلّ ارتباط العقد([2])، وقلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه([3])، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في طبيعة الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله، أم من حينه، أي من حين الفسخ([4])، ولذلك صيغت القاعدة على هذا النحو للدلالة، على الخلاف المذكور.

والعلاقة بين هذه القاعدة وبين الأثر الرجعي في الأحكام قائمة سواء قلنا بأنّ الفسخ رفع للعقد من أصله أم من حينه، وبناءً على ذلك فإن هذه القاعدة تكون أصلاً ينبني عليه كثير من الفروع الفقهية التي تثبت أحكام وآثار فسوخها بأثر رجعي فتغدو هذه القاعدة ضابطاً يندرج تحته كثير من تلك الفروع.

ومن هذه الفروع: فسخ البيع بخيار الشرط أو المجلس، أو خيار العيب، وكذا فسخه بالتحالف وبفلاس المشتري، ومنها أيضًا رجوع الواهب فيما وهب لولده وفسخ الرهن بسبب اختلاط المرهون بغيره، ويلحق بها الإقالة على القول بأنها فسخ([5]).

فهذه الفروع وغيرها، يجري فيها الخلاف بين ما إذا كان فسخها يستند إلى أصل العقد فيكون له حينئذ أثرٌ رجعي شاملٌ لمحلّ العقد وللآثار التي نجمت عن ذلك المحلّ([6])وبين ما إذا كان يقتصر على حينه فيكون الأثر الرجعيّ له مقتصرًا على المحلّ دون الآثار([7]).

وهذا الخلاف ليس نظرياً بل يترتب عليه فوائد عملية مهمة، منها على سبيل المثال ما يقال في فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط، فإن قلنا بأن للفسخ أثرًا رجعيًا يعود على محلّ العقد وآثاره (بناءً على أنه رفع للعقد من أصله) فتكون حينئذ زوائد المبيع من اللبن والبيض والثمرة

---

[1] انظر: إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط – (٦٨٨/٢) مادة :" فسخ ".

[2] انظر: السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٣٦٢)

[3] الزركشي – المنثور في القواعد – (١٦١/٢)

[4] الزركشي - المنثور - (١٧٤/٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر – (ص٣٦٧)

[5] انظر: تقي الدين الحصني – القواعد – (٢٤٦/٢، ٢٤٧)، السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٣٦٨)، الزركشي – المنثور – (١٧٤/٢، ١٧٥)

[6] وهذا هو المقصود من قول الفقهاء بأن الفسخ رفع للعقد من أصله.

[7] وهذا هو المقصود من قول الفقهاء بأن الفسخ رفع للعقد من حينه، وسيأتي بيان ذلك في المبحث الرابع من الفصل الثاني من هذه الرسالة، إن شاء ا تعالى.

للبائع، وعلى القول بأن الفسخ له أثر رجعي لكنّه مقتصرٌ على المحلّ دون الآثار فتكون هذه الزوائد حينها للمشتري لأنها تكون حدثت على ملكه([1]).

وسيأتي مزيد من التوضيح والبيان للأثر الرجعي للفسخ في المبحث الرابع من الفصل الثاني من هذه الرسالة.

تلكم كانت أهم القواعد ذات الصلة بموضوع الأثر الرجعي في الأحكام، وهناك من القواعد ما يمكن أن يكون له صلة وتأثير في الموضوع، إلا أنني اقتصرت على هذه القواعد الأربعة لأنني رأيت أنها أكثر القواعد ارتباطاً بالمفهوم وأوسعها دلالة على الفروع التي يظهر فيها.

[1] انظر: الحصني – القواعد – (٢٤٦/٢)، الزركشي – المنثور – (١٧٥/٢)

الفصل الثاني

تطبيقات الأثر الرجعي في المعاملات

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الأثر الرجعي لحكم العقد.

المطلب الأول: الأثر الرجعي لحكم العقد الموقوف.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي لحكم العقد المضاف.

المطلب الثالث: الأثر الرجعي لحكم العقد المقترن بخيار الشرط.

المطلب الرابع: الأثر الرجعي لحكم العقد المعلق على شرط.

المبحث الثاني: الأثر الرجعي للإجازة الواردة على العقد.

المطلب الأول: تعريف الإجازة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي للإجازة.

المطلب الثالث: ما يترتب على الأثر الرجعي للإجازة.

المبحث الثالث: الأثر الرجعي لتعديل محل العقد.

المطلب الأول: الأثر الرجعي لتعديل المحل في عقد البيع.

الفرع الأول: الأثر الرجعي لتعديل المبيع.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي لتعديل الثمن.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي لتعديل المحل في عقد الرهن.

الفرع الأول: الأثر الرجعي لتعديل الرهن.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي لتعديل المرهون به.

المطلب الثالث: الأثر الرجعي لتعديل المهر في عقد النكاح.

الفرع الأول: الأثر الرجعي لتعديل المهر بالزيادة.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي لتعديل المهر بالحط منه.

المبحث الرابع: الأثر الرجعي لانحلال العقد.

المطلب الأول: الأثر الرجعي لانحلال العقد بالفسخ.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي لانحلال العقد بالإقالة.

المبحث الخامس: الأثر الرجعي للملك المستند إلى الضمان.

المبحث الأول
الأثر الرجعي لحكم العقد

تمهيد:

تعريف العقد وحكمه

العقد في اللغة: الجمع بين أطراف الشيء بإحكام ويقال: عقد طرفي الحبل أي: وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما بإحكام([1]).

واصطلاحًا: هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله([2]).

والعقد من جملة التصرفات القولية التي لا بُدّ لقيامها من توافر عناصر ثلاثة: هي العاقدان، ومحل العقد، والصيغة. ولكلّ واحد من هذه المقومات شروط يجب توافرها كي يترتب على العقد حكمه.

وحكم العقد هو: الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً([3])، وهذا الأثر هو المقصود من شرعية العقد ابتداءً، وهو يختلف من عقد لآخر، فحكم عقد البيع ثبوت الملك في البدلين، أو " نقل الملك بعوض "، وحكمه في عقد الرهن ثبوت حق الاحتباس في العين المرهونة، وهكذا([4]).

والأصل في العقد أنه متى توافرت مقوماته المعتبرة شرعًا أن يفيد حكمه عقب انعقاده مباشرةً، شأنه في ذلك شأن سائر العلل الشرعية([5]).

إلا أنّ ثمة حالات قد يتراخى فيها ثبوت حكم العقد عن وقت انعقاده وهذا التراخي (الواقع بين انعقاد العقد وثبوت حكمه) هو الحالة العامة التي تنشأ عنها جميع صور الأثر الرجعي لحكم العقد، وهذا التراخي متصور في العقد في الحالات الآتية([6]):

الحالة الأولى: **العقد الموقوف،** وذلك بجميع صوره، حيث إن العقد الموقوف هو عقد قائم من الناحية الشرعية فضلاً عن الناحية الحسّية، إلا أن ترتب حكمهِ عليه متراخ إلى حين الإجازة من صاحب الشأن، حتى إذا ما صدرت الإجازة أفاد العقد حكمه بأثر رجعي من تاريخ الانعقاد،

---

[1] الأصفهاني – المفردات - (ص٣٤١)، إبراهيم أنيس وآخرون - المعجم الوسيط - (٦١٣/٢) مادة :" عقد ".

[2] انظر: الزرقاء – المدخل الفقهي - (٢٩١/١)

[3] أحمد فراج – الملكية ونظرية العقد، مؤسسة الثقافة - مصر- ط١ - (ص٢٨٤)، الزرقاء – المدخل الفقهي – (٢٩٤،٢٩٣/١)

[4] الزرقاء – المدخل الفقهي - (٢٩٤،٢٩٣/١)

[5] انظر: النسفي – متن كنز الدقائق بشرح النهر الفائق - (٣٦٢/٣)

[6] مع الأخذ بعين الاعتبار أن معظم هذه الحالات محل خلاف، بين الفقهاء وسيأتي بيان ذلك عند بحث كل حالة منها، مع ملاحظة أنه لا يلزم من حدوث التراخي حدوث الرجعية، بل الرجعية لا تحدث إلا إذا حدث هذا التراخي.

لا من تاريخ الإجازة فحسب، وينسحب هذا القول على رأي من يقول بنظرية التوقف في العقد كما سيأتي.

الحالة الثانية: **العقد المضاف إلى زمن**، فالعقد المضاف إلى زمن معين محدد في صيغة العقد، يتراخى حكمه إلى حين تحقق ذلك الزمن، حتى إذا ما تحقق ثبت حكمه، إلا أن هذه الصورة من صور التراخي بين العقد وحكمه غالبًا لا تنشئ أثراً رجعيًا في الحكم، إذ الحكم في العقد المضاف يثبت مقتصرًا على وقت مجيء الزمن الذي حدده العاقدان ولا يستند أثره إلى وقت انعقاد العقد. فلو قال أجرتك بيتي من أول الشهر القادم، انعقد العقد وأصبح له وجوده الشرعي إلا أن حكمه وهو ملك المنفعة لا يثبت إلا حين قدوم أول الشهر، فإذا قدم أول الشهر ثبت حكم العقد من ذلك الوقت دون أن يكون له أثر رجعي، إلا أن الوصية وهي من جملة التصرفات القولية - الملحقة بالعقد - والتي تقبل الإضافة بل لا تقع إلا مضافة إلى ما بعد الموت، فإنها تفيد حكمها بأمر رجعي، وذلك على خلاف بين الفقهاء كما سنرى.

الحالة الثالثة: **العقد المقترن بخيار الشرط**، إذ إن خيار الشرط يمنع من ثبوت الحكم، لأنّ العقد لا يفيد حكمه إلا إذا توفر شرط الرضا بتمامه، وثبوت خيار الشرط في العقد ينافي هذا الرضا – وإن كان لا ينافي أصل الانعقاد – ولذلك ظهر أثره في تأخير ثبوت الحكم إلى حين زواله([1])، حتى إذا ما زال ثبت حكم العقد حينئذ بأثر رجعي.

الحالة الرابعة: **تعليق العقد على شرط**، وهي التي يتصور فيها حدوث تراخ بين انعقاد العقد وترتب حكمه عليه، إذ يرى بعض الفقهاء أن المعلق على شرطٍ موجودٌ قبل ذلك الشرط، إلا أن المتراخي هو الحكم، في حين يرى فريق آخر أن المعلق على شرطٍ معدومٌ قبل تحقق ذلك الشرط، فالشرط يمنع انعقاد السبب، ولا يقتصر أثره على رأي هذا الفريق على تأخير الحكم.

وسأفرد كل حالة من هذه الحالات بالبحث في المطالب الأربعة التالية لمعرفة متى يكون لحكم العقد أثر رجعي؟ ومتى يكون مقتصرًا؟ . مبينًا آراء الفقهاء في كل حالة من هذه الحالات.

---

[1] وهذا على رأي بعض الفقهاء لا جميعهم، وسيأتي تفصيل ذلك في المطلب الثالث من هذا المبحث إن شاء ا تعالى.

المطلب الأول
الأثر الرجعي لحكم العقد الموقوف

تمهيد:

لقد سبق أن ذكرت أن الأصل في العقد أنه متى توافرت مقوماته الشرعية أن يترتب عليه حكمه عقب انعقاده مباشرة، إلا أن العقد قد ينعقد ويتراخى عنه حكمه لتوقف هذا الحكم على أمر خارج عن ماهية العقد ذاته، ويسمى العقد في هذه الحالة بالعقد الموقوف، فالعقد الموقوف هو" العقد الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره، أو يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن يملك إجازته شرعًا "([1]).

الأثر الرجعي لحكم العقد الموقوف

تتجه أغلب الاتجاهات الفقهية إلى القول بأنّ العقد الموقوف يفيد حكمه بعد الإجازة، بأثر رجعي يمتد إلى وقت الانعقاد ولا يقتصر على وقت الإجازة.

وأقول أغلب الاتجاهات الفقهية لأن ثمة اتجاهًا لا يقول بنظرية التوقف في العقد، ومن ثم لا مجال للبحث في رجعية حكم العقد من وجهة نظر هذا الاتجاه، وإنّ هذا يقودنا لمعرفة مواقف الفقهاء من نظرية توقف العقد لمعرفة مدى القول برجعية الحكم فيه، ممثلا لذلك بأهم الصور والحالات التي قيل فيها بتوقف العقد ومن ثم ثبوت حكمها بأثر رجعي.

أولا: مواقف الفقهاء من العقد الموقوف والأثر الرجعي لحكمه

اختلفت مواقف الفقهاء من نظرية توقف العقد، ما بين قائل بذلك وناف، وفيما يأتي بيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة:

١. مذهب الحنفية

يعد المذهب الحنفي من أوسع الاتجاهات الفقهية القائلة بنظرية توقف العقد فقد ذكر ابن نجيم ثمانية وثلاثين نوعاً للعقد الموقوف([2])، ولا خلاف بينهم في القول بأصل النظرية، وإن وقع اختلاف بينهم في صورها كحكم بيع المكره مثلا([3])، وأما حكم العقد الموقوف فيرى الحنفية أنه يثبت – بعد الإجازة – بأثر رجعي يمتد إلى وقت إنشاء العقد، فلو باع فضولي ملك غيره ثم أجاز المالك البيع ثبت حكم البيع وهو ثبوت الملك في البدلين من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة، جاء في بدائع الصنائع قوله:" بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد "([4])،أي: بأثر رجعي.

---

[1] انظر: عبد ا بن عبد الواحد الخميس – التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي – ط١ - (ص٢١)

[2] انظر: ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار - (١١٣/٥)

[3] إذ يرى جمهور الحنفية فساده، ويرى زفر أنه موقوف. انظر: البابرتي – شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير - (٢٣٥/٩)، السرخسي- المبسوط - (٥٨/٢٤)

[4] الكاساني – بدائع الصنائع - (٢٦٤/٥)

وجاء أيضًا في أصول السرخسي- في معرض بيانه لأنواع العلل - :" أما الثالث: العلة اسمًا ومعنى لا حكمًا، ومثاله البيع الموقوف، فإنه علة للملك اسمًا من حيث أنه بيع حقيقة موضوع لهذا الموجب، ومعنىً من حيث إنه منعقد شرعًا بين المتعاقدين لإفادة هذا الحكم، وهو ليس بعلةٍ حكمًا لما في ثبوت الملك به من الإضرار بالمالك في خروج العين من ملكه من غير رضاه، ولهذا إذا وجد الإجازة منه يستند الحكم إلى وقت العقد حتى يملكه المشتري بزوائده "([١]).

وبهذا يظهر أن الحنفية يرون أن الحكم الثابت بالعقد الموقوف إنما يثبت بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ إنشاء العقد، وهو ما عبروا عنه باستناد الحكم.

٢. مذهب المالكية

يتفق المالكية مع الحنفية على القول بنظرية توقف العقد، يظهر ذلك جليًا من خلال موقفهم من بعض الفروع الفقهية، كبيع الفضولي مثلا. كما يتفق المالكية مع الحنفية أيضًا على القول بأن الحكم الثابت بالعقد الموقوف يثبت بعد الإجازة بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ انعقاد العقد، فقد جاء في المدونة :" قلت: أرأيت إن غصب جارية من رجل فباعها، فولدت عند المشتري، فأتى ربها فأجاز البيع، أيجوز ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: ذلك جائز لأن مالكًا قال: إذا باعها الغاصب، فإن أراد ربها أن يجيز البيع كان ذلك له، ولست ألتفت إلى نقصان الجارية، ولا إلى زيادتها إذا أجاز البيع، لأنه إنما يجيز اليوم أمرًا قد كان قبل اليوم، فإذا أجاز اليوم، فالجارية لم تزل للمشتري من يوم اشتراها "([٢]).

فقوله:" لأنه إنما يجيز اليوم أمرًا قد كان قبل اليوم " يشير إلى وقت انعقاد العقد. وقوله:" لم تزل للمشتري من يوم اشتراها " إشارة إلى ثبوت حكم العقد من تاريخ الشراء، أي بأثر رجعي. وبذلك يتفق المالكية مع الحنفية على أن العقد الموقوف يفيد حكمه بأثر رجعي من حين انعقاده([٣]).

٣. مذهب الشافعية

بالنظر إلى العقود التي بحثها الفقهاء القائلون بنظرية توقف العقد، تجد أن للشافعية فيها مذهبين:

القديم: وهو القول بتوقف هذه العقود.

الجديد: وهو القول ببطلانها. والمعتمد في المذهب في أغلب هذه العقود هو القول ببطلانها([٤]).

---

[1] السرخسي – أصول السرخسي - (٣١٣/٢)

[2] انظر: المدونة - (٣٢٢/٩)

[3] انظر: الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١٨/٤)

[4] انظر: مثلاً مذهب الشافعية في عقد الفضولي: الشربيني – مغني المحتاج - (١٥/٢) وانظر: السيوطي – الأشباه والنظائر - (ص٣٦٠)

إلا أنه على القول بالتوقف كما هو قديم المذهب فإنهم يقولون بثبوت الحكم بعد الإجازة بأثر رجعي([1])، موافقين – على هذا القول- ما ذهب إليه الحنفية والمالكية.

٤. مذهب الحنابلة

وللحنابلة روايتان في موضوع توقف العقد، يظهر ذلك واضحًا من خلال مذهبهم في الفروع الفقهية ذات الصلة، كعقد الفضولي مثلا، إذ لهم في ذلك روايتان: الأولى: التوقف، والثانية: البطلان، وهي الرواية المعتمدة([2])، وعلى القول بالرواية الأولى فإنهم قد اختلفوا أيضًا في كيفية ثبوت الحكم على قولين([3]):

الأول: إن الحكم يثبت بأثر رجعي، وهو المشهور عندهم.

الثاني: إن الحكم يثبت مقتصرًا من حين الإجازة.

نخلص مما سبق إلى أن للفقهاء في كيفية ثبوت حكم العقد الموقوف ثلاثة أقوال

القول الأول: إن الحكم الثابت بالعقد الموقوف يثبت في محله بأثر رجعي يمتد إلى وقت الانعقاد، وذلك بعد الإجازة الصادرة من صاحب الشأن. وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية في القديم، وقول عند الحنابلة على رواية.

القول الثاني: إن الحكم الثابت بالعقد الموقوف يثبت مقتصرًا، أي ليس له أثر رجعي فيفيد العقد حكمه من حين إجازته ولا يمتد هذا الحكم إلى وقت الانعقاد. وهو القول الآخر عند الحنابلة على الرواية ذاتها القائلة بتوقف العقد.

القول الثالث: إن العقد الموقوف لا يفيد حكمًا مقتصرًا ولا بأثر رجعي للقول ببطلانه ابتداءً، فما يُعد موقوفـًا من العقود يُعد باطلا على هذا الرأي، ومن ثم لا يترتب عليه حكم (أثر) شرعي. وهو مذهب الشافعية في الجديد ورواية أخرى عند الحنابلة.

وبعد عرض مذاهب الفقهاء في حكم العقد الموقوف كنظرية عامة سأعرض فيما يأتي ثلاثة نماذج تمثل تطبيقـًا للعقد الموقوف (من وجهة نظر القائلين به مع الإشارة إلى الخلاف الفقهي في ذلك)، وبيان كيفية ثبوت حكمه من حيث الرجعية في المحل وعدمها.

---

[1] انظر السيوطي – الأشباه والنظائر - (ص٣٦٠،٣٦١)

[2] ابن قدامة - المغني - (٢٢٧/٤)، ابن رجب – القواعد - (ص٤٠٥)

[3] يقول المرداوي في بيع الفضولي: حيث قلنا يملكه المشتري بالإجازة، فإنه يدخل في ملكه من حين العقد على الصحيح من المذهب، انظر الإنصاف - (٢٧٣/٤)

هذا وقد أرجع السنهوري أسباب توقف العقد إلى سببين رئيسيين([1]):

السبب الأول: نقصان الأهلية

السبب الثاني: تعلق حق الغير بالمحلّ

ويندرج تحت السبب الأول جملة من العقود: كعقد الصغير المميز والسفيه والمكره (على قول)، ويندرج تحت السبب الثاني كل من عقد الفضولي، وعقد الغاصب والمرتدّ وبيع العين المؤجرة والمرهونة وعقد المريض مرض الموت في بعض صوره([2]).

وسأعرض ثلاث حالات للعقد الموقوف وهي:نقصان الأهلية بسبب الصغر، وعقد الفضولي، وعقد المكره.

الحالة الأولى: نقصان الأهلية

الأهلية: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، بمعنى صلاحيته لثبوت الحقوق له وعليه بحيث يعتد بالأفعال والأقوال الصادرة عنه شرعا([3]).

ويُعد نقصان الأهلية من أهم الأسباب لتوقف العقد عند القائلين بنظرية التوقف.

ولنقصان الأهلية سببان رئيسان هما: الصغر والسفه، وفيما يأتي بيان حكم تصرفات الصغير المميز كنموذج لتوقف العقد بسبب نقصان الأهلية:

اختلاف الفقهاء في حكم تصرفات الصغير المميز وفيما يأتي بيان لمذاهب الفقهاء في هذه المسألة:

١. مذهب الحنفية

يقسم الحنفية تصرفات الصغير المميز إلى ثلاثة أقسام([4]):

القسم الأول: ما كان فيه ضرر محض، كالتبرعات والهبات، وحكم هذا القسم عندهم هو البطلان، ولا تلحقها الإجازة، إذ لا مصلحة للصغير في خروج ماله من ملكه.

القسم الثاني: ما كان فيه نفع محض، وذلك كقبول الهبة، وحكم هذا النوع الصحة والنفاذ ولا تتوقف على إجازة الولي. لظهور المصلحة للصغير في ذلك.

القسم الثالث: ما كان مترددًا بين النفع والضرر، فيحتمل أحدهما دون القطع بواحد منهما، كالبيع والإجارة، وحكم هذا النوع أنه موقوف على إجازة الولي، فإن أجازها أفادت حكمها بأثر رجعي من حين العقد، وإن ردّها بطلت.

---

[1] السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي - (١٧٨/٤)

[2] السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي - (١٧٨/٤) وانظر أيضًا: الزرقاء – المدخل الفقهي - (٤٢٦،٤٢٥/١)، حيث أرجع أسباب التوقف في العقد إلى سببين رئيسين هما: الإكراه، وحق الغير.

[3] أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد - (ص٣٠٢)

[4] قاضي زادة – نتائج الأفكار (تكملة شرح فتح القدير على الهداية) - (٢٥٥/٩)

٢. مذهب المالكية

يتفق المالكية مع الحنفية في حكم تصرفات الصغير المميز، فقالوا ببطلان تلك التصرفات التي تمثل ضررًا محضًا له كالتبرعات، في حين قالوا بوقف التي تحتمل الأمرين كالبيع والإجارة، فإن أجازها الولي نفذت من حين العقد (بأثر رجعي) وإن لم يُجزها بَطلت([1]).

٣. مذهب الشافعية والحنابلة

ذهب الشافعية([2]) والحنابلة على الراجح من المذهب إلى القول ببطلان تصرفات الصغير، وفي رواية أخرى للحنابلة قالوا بوقفها فيما إذا احتملت النفع والضرر([3]) كالحنفية والمالكية.

الأدلة

أولا: أدلة الحنفية والمالكية

استدل الحنفية والمالكية على مذهبهم بالأدلة الآتية:

١. قوله تعالى:" وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَىَ إِذَا بَلَغُواْ النكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم منْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ {٦}"([4]).

وجه الاستدلال: إن الله تعالى أمر باختبار الصغير (اليتيم) وذلك من خلال الإذن له بالتجارة، وهو ما يدل على أن الصغير أهلٌ للتصرف، ولو لم يكن كذلك لما كان للأمر بالاختبار فائدة([5]).

فإن قيل: إن الاختبار محمول على اختبار عقله بالكلام، وهو ما يؤكده قوله تعالى:" فَإِنْ آنَسْتُم منْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ " حيث جعل دفع المال منوطـًا بالرشد والبلوغ. فإنه يجاب عن ذلك بأن الاختبار الوارد في النص عام، ولا يجوز قصره على معنى دون آخر لأن ذلك تخصيص لعموم اللفظ من غير مخصص([6]).

٢. إن للصبي عقلا يمكن له التمييز به بين الخير والشر، وما ينفعه وما يضره، وإن كان هذا العقل لمّا يكتمل بعد، فيراعى الأمران: وجود العقل الذي يصلح أن يكون أساسًا لصحة التصرّف وانعقاده، وذلك النقص الذي ربما يوقع الصغير فيما لا ينفعه، ولذا قيل بتوقف التصرف (المحتمل للضرر) على إجازة وليه، وبذلك تتحقق الحماية اللازمة للصغير([7]).

---

[1] الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (٩/٤)، القرافي – الذخيرة - (٢٣٢/٨)

[2] انظر الشربيني – مغني المحتاج - (١٦٩/٢)

[3] انظر: المرداوي – الإنصاف - (٢٥٦،٢٥٥/٤)، ابن قدامة – المغني - (٢٧٢/٤)

[4] سورة النساء

[5] الجصاص – أحكام القرآن – (٣٥٦/٢)

[6] الجصاص – أحكام القرآن – (٣٥٦/٢)

[7] البابرتي – العناية شرح الهداية - (٢٥٤/٩)، الزيلعي – تبيين الحقائق - (٢٥٢/٦)

ثانيًا : أدلة الشافعية والحنابلة

استدل الشافعية والحنابلة – على الراجح في المذهب – على قولهم ببطلان تصرفات الصغير بالأدلة التالية:

١. استدل الشافعية بالآية السابقة، حيث دلت تلك الآية على أن الحجر على الصغير ثابت ولا يرتفع حتى يقوم في الصغير وصفان، الأول: البلوغ، والثاني: الرشد، فإذا توفر أحدهما فإن ذلك لا يكفي لرفع الحجر عنه([1]).

ويمكن أن يرد على هذه الاستدلال بأنه استدلال بمفهوم المخالفة، وهو غير معتبر عند الحنفية

٢. قوله صلى ا عليه وسلم:" رُفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل، وعن الصبي حتى يحتلم"([2]). فهذا الحديث يدل على عدم تكليف الصغير لعدم اكتمال العقل، وهو ما يعني بقاء تصرفاته على عدم الاعتبار حتى يبلغ، ولا فرق بينه وبين غير المميز لعدم اكتمال العقل في كليهما([3]).

ويناقش هذا الدليل بأن ثمة فرقا بين المميز وغير المميز، إذ إن تصرفات المميز تحتمل المصلحة والنفع له، بخلاف تصرفات غير المميز، إذ تنتفي عنها المصلحة في أغلب الأحيان([4])

الترجيح

والذي أراه راجحًا في هذه المسألة، هو القول بصحة تصرفات الصغير المميز إذا كانت محتملة للنفع كالبيع والإجارة، مع توقفها على إجازة الولي، وذلك لأن هذا القول ينطوي على ثلاث فوائد:

الأولى: حماية هذا الصغير من خلال توقف تصرفه على إجازة وليه، وتظهر هذه الحماية بجلاء في حالة إبطال التصرف المنطوي على ضرر.

الثانية: في هذا القول تحقيقٌ لمصلحة الصغير في حال إجازة تصرفاته من قبل الولي، إذ الأغلب أن الولي لا يجيز تصرف صغيره إلا إذا اشتمل على مصلحة راجحة ومنفعة ظاهرة.

الثالثة: إن في ذلك تحقيقا لمقصود النص القرآني باختبار الصغير ليكون قادرًا على ممارسة جميع تصرفاته المالية بحرية بعد البلوغ.

---

[1] انظر الشيرازي – المهذب - (٤٣٢/١)، الشافعي – الأم - (١٩١/٣)

[2] رواه أبو داوود في السنن واللفظ له - كتاب الحدود - باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا - حديث رقم (٤٣٩٨)، والنسائي - كتاب الطلاق - باب من لا يقع طلاقه - (ص٥٣١)، حديث رقم (٣٤٣٢) ، وابن ماجه - كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه - (ص٣٥٢)، حديث رقم (٢٠٤١)، والحاكم في المستدرك – (٥٩/٢)، وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

[3] النووي – روضة الطالبين - (٩/٤)

[4] ابن قدامة – المغني - (٢٧٢/٤)

وبناءً على القول الراجح في حكم تصرفات الصغير نخلص إلى ما يأتي:

أولاً: إن تصرفات الصغير المكسبة للملك دون عوض، كقبول الهبة والصلات، نافذة لا تتوقف على إجازة أحد، ولذلك فإن حكم العقد([1]) في هذه التصرفات يثبت مقتصرًا، وليس له أثر رجعي.

ثانيًا: إن تصرفات الصغير المكسبة له ملكًا بعوض، أو الناقلة لملكه بعوض أيضًا كالبيع والإجارة، فهي موقوفة على إجازة الولي، فإن أجازها ثبت الملك في محلها بأثر رجعي من حين العقد لا من حين الإجازة. وإن ردها بطلت بأثر رجعي أيضًا.

ثالثًا: إن تصرفات الصغير الناقلة لملكه بغير عوض، كالتبرعات باطلة، لا تحتمل الإجازة، ومن ثم لا يترتب عليها أي حكم.

وبناءً على ما سبق فإن الحالة الوحيدة التي يظهر الأثر الرجعي لحكم العقد فيها بالنسبة لتصرفات الصغير، هي تلك التصرفات والعقود الناقلة للملك بعوض، وهي ما عبّر عنه الحنفية بالتصرفات المترددة بين النفع والضرر، فهي تفيد الملك بأثر رجعي بعد إجازتها من ولي الصغير. وتظهر الرجعية بجلاء في حال حدوث تراخ زمني بين العقد (تصرف الصغير) وبين صدور الإجازة من الولي أو الوصي.

الحالة الثانية : عقد الفضولي

الفضولي: لغة: المشتغل بما لا يعنيه([2])، واصطلاحًا: هو الشخص الذي يتصرف تصرفًا شرعيًا ليس له ولاية عليه ولا وكالة، وذلك كمن يبيع مال غيره دون إذن منه أو ولاية عليه([3]).

حكم عقد الفضولي

اختلف الفقهاء في حكم عقد الفضولي على قولين:

القول الأول: إن عقد الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ وأفاد حكمه بأثر رجعي من حين العقد، وإن ردّه بطل.

وإلى ذلك ذهب كل من الحنفية([4])، والمالكية([5])، والشافعي في القديم([6])، ورواية مرجوحة عند الحنابلة([7]).

---

1 وهو ثبوت الملك في المحل

2 الفيروز آبادي - القاموس المحيط - (٣١/٤)

3 أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد - (ص٣٩٤)

4 الكاساني – بدائع الصنائع - (١٤٨/٥)

5 الخرشي – شرح الخرشي على مختصر خليل - (٢٨٤/٥)، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١٢/٣)

6 الشربيني - مغني المحتاج - (١٥/٢)

7 ابن قدامة – المغني - (٢٢٧/٤)

الأدلة: استدل هذا الفريق على قولهم بتوقف عقد الفضولي بالأدلة التالية:

١. حديث عروة البارقي قال: " دفع إليّ رسول ا صلى ا عليه وسلم دينارًا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى النبي صلى ا عليه وسلم، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك ا لك في صفقة يمينك "(١).

ووجه الاستدلال: الأول: إنّ عروة رضي ا عنه تصرف فضوليًا في موقفين، الأول: شراؤه شاتين وهو لم يوكّل إلا بشراء واحدة. **الثاني**: إنّ النبي صلى ا عليه وسلم وكّله بالشراء وليس بالبيع، فلما باع الشاة كان في ذلك فضوليًا. ومع ذلك كله فقد أجاز النبي صلى ا عليه وسلم تصرّفه ودعا له بالبركة، وفي هذا دلالة واضحة على صحة تصرف الفضولي(٢).

٢. واستدلوا بقولهم: إنّ التصرف الصادر من الفضولي هو تصرف صادر من أهله، في محل يصلح أن يكون معقودًا عليه، فينعقد ويصح، ولا ضرر على المالك من ذلك لتوقف نفاذه على إجازته(٣).

القول الثاني: بطلان عقد الفضولي. وهو ما ذهب إليه الشافعي في الجديد(٤)، والحنابلة في الصحيح من المذهب(5)، وابن حزم الظاهري(٦).

الأدلة:استدل هذا الفريق على بطلان عقد الفضولي بالأدلة التالية:

١. حديث حكيم بن حزام قال: أتيت رسول ا صلى ا عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق أم أبيعه؟ قال:" لا تبع ما ليس عندك"(٧).

ووجه الاستدلال: أنّ النبي صلى ا عليه وسلم نهى أن يبيع الشخص ما ليس عنده، والفضولي يبيع ما ليس عنده، لأنه يبيع مال غيره وهو لا يملكه، فكان تصرفه هذا مشمولا بالنهي(٨).

---

[1] رواه أبو داود في السنن- كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف - (ص٥١٦)، حديث رقم (٣٣٨٤)، والترمذي في البيوع - (ص٢٩٩)، حديث رقم (١٢٥٨)

[2] الكاساني – بدائع الصنائع - (١٤٩/٥)، ابن الهمام – شرح فتح القدير - (٥٢/٧)

[3] البابرتي – العناية - (٢٥/٧)

[4] الشربيني – مغني المحتاج - (١٥/٢)

[5] ابن قدامة – المغني - (٢٢٧/٤)، المرداوي – الإنصاف - (٢٧١/٤)

[6] ابن حزم – المحلى - (٣٥١/٧)

[7] رواه أبو داود في السنن – كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده - (ص٥٣٢)، حديث رقم (٣٥٠٣)، وابن ماجه – كتاب البيوع - باب النهي عن بيع ما ليس عندك - (ص٣٧٦)، حديث رقم (٢١٨٧)،والخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح - (١١٥/٣)، حديث رقم (٢٨٦٧)

[8] الشربيني – مغني المحتاج - (١٥/٢)

٢. أن الفضولي يتصرف فيما لا يقدر على تسليمه، فكان غررًا وهو منهي عنه أيضًا([1]).

مناقشة الأدلة:

أولا: مناقشة دليل القول الأول

يناقش استدلال الفريق الأول بحديث عروة بأنّ في إسناده ضعفًا، وعلى فرض صحته فهو محمول على الوكالة المطلقة من رسول ا صلى ا عليه وسلم، بدليل أنه قام بالتسليم والتسلم، وهو لا يجوز إلا بإذن المالك عند القائلين بالتوقف([2]).

ويجاب على هذا الاعتراض بأن الحديث ليس فيه ذكر للوكالة المطلقة أو المقيدة فهذه دعوى تفتقر إلى الدليل([3]).

ثانيًا: مناقشة دليل القول الثاني

يُرد على استدلال الفريق الثاني بحديث " لا تبع ما ليس عندك " بأنّ النهي الوارد في النص إنما جاء عن البيع التام لا الموقوف، يؤيد ذلك أن النهي جاء عن بيع " ما ليس عندك" مطلقا، والمطلق ينصرف إلى البيع الكامل وهو البيع التام، فليس في ذلك دليل لخروجه عن محل النزاع. إذ محل النزاع هو البيع الموقوف وليس التام([4]).

الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، يظهر لي أن الراجح هو القول بصحة عقد الفضولي وتوقفه على إذن المالك، وذلك تيسيرًا على الناس في تحقيق مصالحهم، ولأن هذا القول لا ينطوي على أي ضرر، ما دام أن حق الغير محفوظ بتوقف النفاذ على إجازته([5])، كما أن هذا القول لا ينافي مبدأ الرضائية في العقود، ما دام أن العقد لا ينتج أثره إلا بإجازة المالك ورضاه([6]).

وبناءً على هذا القول فإن عقد الفضولي يُفيد حكمه بأثر رجعي بعد إجازته، بحيث يعد العقد نافذًا ومرتبًا لآثاره من حين انعقاده لا من حين إجازته، فلو كان العقد بيعًا، كانت ثمرات المبيع الحاصلة في الوقت ما بين صدور العقد من الفضولي، وصدور الإجازة من المالك، للمشتري ما دام أنه ملك المبيع بأثر رجعي يمتدّ إلى وقت إنشاء العقد، الأمر الذي يستلزم ملكيته لثمرات هذا المبيع.

---

[1] ابن قدامة – المغني - (٢٢٧/٤)

[2] حاشية الجمل - (٣٣٧/٣)، الشربيني – مغني المحتاج - (١٥٩/٢)

[3] البابرتي – شرح العناية على الهداية - (٥٤/٧)

[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير - (٥١/٧)، البابرتي – شرح العناية على الهداية - (٥٤/٧)

[5] عبد ا الخميس – التصرفات الموقوفة - (ص٦٨)

[6] عبد ا الخميس – التصرفات الموقوفة - (ص٦٨)

الحالة الثالثة: عقد المكره

المكره: اسم مفعول من أكره، يقال أكرهه على الأمر: أي قهره عليه فالمكره هو الشخص الذي حمل وقهر على ما لا يحبه([1]).

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد المكره على أربعة أقوال:

القول الأول: إنّ عقد المكره فاسد، وبه قال جمهور الحنفية([2]).

واستدلوا على قولهم هذا بأن عقد المكره تصرفٌ صادر من أهله في محله فلا يُلغى، وليس للرضا أو الإكراه أثر في تغيير وصف المحل من الصلاحية لثبوت حكم العقد إلى عدمها، فظهر أن التصرف صادف محله، إلا أن الإكراه يعدم الرضا، والرضا شرط صحة لا شرط انعقاد فكان فاسدًا كسائر العقود الفاسدة، إلا أنه لما كان فاسدًا لحقّ العبد أمكن أن تلحقه الإجازة([3]).

القول الثاني: إنّ عقد المكره موقوف، وبهذا قال زفر من الحنفية([4]).

واستدل لقوله هذا بالقياس على عقد الفضولي بجامع انتفاء الرضا في كل منهما، فإن أجازه المكره - بفتح الراء - بعد زوال الإكراه نفذ وإن أبطله بطل([5]).

القول الثالث: إنّ عقد المكره باطل، وهو مذهب الشافعية([6])والحنابلة في الراجح([7]).

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:" يَا أَيهَا الذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ منكُمْ {٢٩}"([8]).

وجه الاستدلال: أنّ ا تعالى شَرَط لصحة أكل الأموال أن تكون عن تراضٍ، وعقد المكره وبيعه يخالفان ذلك، فكان أكلا لأموال الناس بالباطل([9]).

القول الرابع: إن بيع المكره صحيح غير لازم، فإذا زال الإكراه ثبت الخيار للمكره، وهذا ما ذهب إليه المالكية([10]) والحنابلة في رواية([11]).

---

1 الفيومي- المصباح المنير- (٧٣٠/٢)، المعجم الوسيط - (٧٨٥/٢)، مادة " كره ".

2 البابرتي – شرح العناية على الهداية - (٢٥٣/٩)، الكاساني – البدائع - (١٨٦/٧)

3 البابرتي – شرح العناية على الهداية - (٢٣٥/٩)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار - (٥٠٣/٤)

4 الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير - (٢٣٥/٩)

5 الكاساني – بدائع الصنائع - (١٨٦/٧)

6 الشيرازي – المهذب - (٢٦٤/١)، النووي – روضة الطالبين - (٩/٣)

7 المرداوي – الإنصاف - (٢٥٣/٤)

8 سورة النساء

9 ابن مفلح – المبدع - (٧/٤)، الشيرازي- المهذب - (٣٤٢/١)

10 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (٦/٣)، الحطاب – مواهب الجليل (٢٤٨/٤)، التسولي – البهجة شرح التحفة - (٢٥٣/٢)

11 المرداوي – الإنصاف - (٢٥٣/٤)

واستدل هذا الفريق بالأدلة نفسها التي استدل بها القائلون بالبطلان([1]).

ويختلف هذا القول عن قول زفر، بأنّ عقد المكره على هذا القول هو عقد صحيح نافذ منتج لآثاره من حين انعقاده، لكنه غير لازم، فهو عرضة للفسخ بعد النفاذ، في حين أن عقد المكره عند زفر غير نافذ، ولا ينتج آثاره حتى تلحقه الإجازة([2])، فقبل الإجازة ليس لعقد المكره آثار على قول زفر، في حين أن هذا العقد منتج لآثاره قبل الإجازة على قول المالكية.

الأثر الرجعي في حكم عقد المكره

مما سبق يظهر أن عقد المكره يفيد حكمه بأثر رجعي بعد إجازته من المكره، وذلك رأي زفر القائل بتوقف عقد المكره على الإجازة. وأما على رأي القائلين بالفساد، فإنّ الأثر الرجعي في عقد المكره على فرض إجازته، يكون لوصف الحكم (حكم العقد) لا للحكم ذاته، إذ الحكم عندهم يثبت من حين القبض لكنه يبقى مستصحبًا لوصف الفساد حتى تلحقه الإجازة، فإن لحقته الإجازة ارتفع الفساد وصح العقد، فإن كان هناك رجعية فهي لوصف العقد لا لحكمه.

وأما على مذهب القائلين بالصحة وعدم اللزوم، فليس في حكم عقد المكره بعد إجازته أثر رجعي، لأن الحكم ثابت على هذا القول من حين العقد، وإنما الذي تراخى إلى حين الإجازة هو اللزوم، وهو كما لا يخفى وصف الحكم لا الحكم ذاته.

وأما القائلون بالبطلان فلا يمكن أن تلحقه الإجازة، ومن ثم لا يثبت بعقد المكره – على هذا القول – أي أثر فليس له حكم لا بأثر رجعي ولا مقتصرًا.

الترجيح:

والذي أراه راجحًا من هذه الأقوال، هو ما ذهب إليه زفر من الحنفية، من أنّ عقد المكره عقد موقوف، فإذا أجيز بعد زوال الإكراه، نفذ بأثر رجعي وأفاد حكمه من حين انعقاده، قياسًا على عقد الفضولي بجامع انتفاء الرضا في حق كل منهما.

ومن هنا يمكننا القول بناءً على ترجيح رأي زفر، بأن عقد المكره شأنه شأن سائر صور العقد الموقوف، يفيد حكمه – بعد الإجازة - بأثر رجعي يمتدّ إلى تاريخ الانعقاد، ولا يقتصر على وقت صدور الإجازة.

موقف القانون

لا يختلف موقف القانون المدني الأردني عن موقف الفقه من حيث تقرير أن الحكم الثابت بالعقد الموقوف – على اختلاف حالاته – إنما يثبت بأثر رجعي يمتدّ إلى وقت إنشاء العقد. معتبرًا الإجازة اللاحقة للعقد الموقوف كالوكالة السابقة. فقد نصت المادة (١٧٥) على أنه:" إذا

---

[1] انظر: الحطاب – مواهب الجليل - (٢٤٨/٤)

[2] الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير - (٢٥٣/٩)

أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندًا إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ". فتعتبر آثار العقد "الموقوف" بعد إجازته، مترتبة عليه من وقت انعقاده.

إلا أنّ الأثر الرجعي للعقد الموقوف " بعد إجازته " مقتصرٌ على العاقدين، ولا ينسحب على الغير، والغير هنا هو كل من اكتسب حقا عينيًا على الشيء، نحو المرتهن([1]).

هذا وقد جاءت المادة (١٧١) من القانون لتبين الحالات التي يكون التصرف فيها موقوفاً فنصت على أنه:" يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرًا بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نص القانون على غير ذلك ".

وبهذا يتضح أن القانون قد أخذ بمذهب القائلين بالتوقف في التصرفات التي كانت محل البحث في هذا المبحث، وهي مسألة تصرف الصغير، والفضولي والمكره، من حيث أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن، ومن حيث أنها تفيد حكمها بأثر رجعي، وهو ما ذهب إليه زفر من الحنفية والمالكية على التفصيل الذي سبق بيانه.

---

[1] أنور سلطان – مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - (ص١٦٣)

المطلب الثاني
الأثر الرجعي لحكم العقد المضاف

تعريف الإضافة:

الإضافة في اللغة : الضم، والإمالة، والإسناد([١]).

واصطلاحًا : هي تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين([٢]).

أثر الإضافة على العقد:

إن العقد المضاف إلى زمن لا يترتب حكمه قبل تحقق ذلك الزمن الذي أضيف إليه، فالعقد المضاف يشبه العقد الموقوف من حيث إن كلا منهما يوجد عند وجود الصيغة، مع تراخي الحكم إلى حين الإجازة في الموقوف، وإلى حين مجيء الزمن الذي أضيف إليه في العقد المضاف([٣]).

هذا وتنقسم العقود والتصرفات القولية من حيث قبولها للإضافة وعدمها إلى ثلاثة أقسام:([٤])

الأول: لا يقع إلا مضافًا، ويتمثل في الوصية.

الثاني: ما يقبل التنجيز والإضافة، نحو الوكالة، والمضاربة، والكفالة والحوالة.

الثالث: ما لا يقبل الإضافة ولا ينعقد إلا منجزًا، وذلك نحو عقود التمليكات كالبيع والقسمة والهبة والصلح على مال.

وبصرف النظر عن الخلاف الفقهي فيما يقبل الإضافة من العقود والتصرفات القولية وما لا يقبلها، فإن الظاهر اتفاق الفقهاء على أن التصرف العقدي المضاف إلى زمن لا يترتب عليه حكمه قبل مجيء ذلك الزمن([5]). ويظهر أيضًا اتفاقهم على أن الحكم الثابت بالعقد المضاف يثبت مقتصرًا أي: من حين تحقق ذلك الزمن الذي أضيف إليه، والذي حدد في صيغة التصرف العقدي([6]).

وهذا الذي ذكرته من اقتصار حكم العقد المضاف وعدم انسحابه على الماضي، هو القاعدة العامة التي تندرج تحتها جميع صور التصرفات العقدية المضافة، الا أن ثمة خلافًا واسعًا دار بين الفقهاء حول الوقت الذي يثبت فيه حكم الوصية، رغم أنها من التصرفات التي تقع مضافة، بل لا تكون إلا كذلك، بحيث يتراخى حكمها عن وقت إنشائها بسبب إضافتها إلى ما بعد الموت، حيث اختلف الفقهاء في وقت ثبوت هذا الحكم من حيث رجعيّته أو اقتصاره، على خلاف أيضًا

---

1 إبراهيم أنيس وآخرون- المعجم الوسيط - (٥٤٧/٢) - مادة " ضافَ ".

2 الزرقاء – المدخل الفقهي - (٥٠٧/١)

3 إبراهيم سالم–الإضافة في العقود–رسالة ماجستير-إشراف الدكتور محمد شبير- الجامعة الأردنية- (ص٢٣)

4 أحمد حسن فراج – الملكية ونظرية العقد - (ص٢١٨)

5 يقول السرخسي:" المضاف إلى زمن لا يكون موجودًا قبل ذلك الوقت ". انظر المبسوط - (١١٠/١٥)

6 انظر: ابن نجيم – الأشباه والنظائر - (ص١٥٠)، الزرقاء - المدخل الفقهي - (٥٠٨/١)

في حدّ هذه الرجعية عند القائلين بها، ولذا كان لا بدّ من إفراد موضوع الوصية بالبحث، إذ هي الصورة الوحيدة من صور التصرفات المضافة، والتي يظهر فيها الأثر الرجعي كاستثناء من سائر صور التصرفات المضافة.

الأثر الرجعي لحكم الوصية

تعريف الوصية

الوصية لغة: مأخوذة من وصى، وهو أصل يدل في اللغة على وصل الشيء ، والوصية من هذا القياس، كأنه كلام يوصى: أي يوصل، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت([1]).

واصطلاحًا: هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينًا أم منفعةً([2]).

الأثر الرجعي لحكم عقد الوصية

وحكم الوصية هو ثبوت الملك في الموصى به للموصى له([3])، وهو أثرها المترتب عليها، إلا أن الوصية بوصفها تمليكًا مضافا إلى ما بعد الموت، فإن هذا يعني تراخي حكمها عن وقت إيجابها حتى إذا ما مات الموصي وقبل الموصى له الموصى به، أفادت الوصية حينئذٍ حكمها وثبت في محلها.

ولكن هل يكون هذا التراخي الحاصل ما بين إيجاب الوصية (في حال الحياة) وبين قبولها (بعد الموت)، هل يكون سببًا في أن يثبت حكمها بأثر رجعي؟، وإذا كان كذلك فما هو الحدّ الذي يرجع إليه هذا الحكم في الثبوت؟... إنّ الإجابة على ذلك تستند على معرفة مذاهب الفقهاء في وقت ثبوت الملك (حكم الوصية) في الموصى به، وفيما يأتي بيان ذلك:

مذاهب الفقهاء في وقت ثبوت حكم الوصية:

اختلاف الفقهاء في وقت ثبوت حكم الوصية وهو(ثبوت الملك في الموصى به)، ونظرًا لاختلاف الأقوال وتعددها رأيت إفراد كلّ مذهب على حدة.

أولا : مذهب الحنفية:

ذهب جمهور الحنفية إلى القول بأن الموصى له يملك الموصى به بالقبول بعد الموت ملكًا مستندًا إلى وقت موت الموصى، وهو ما يعني ثبوت الملك بأثر رجعي يمتد من وقت قبول

---

[1] ابن منظور – لسان العرب - (٣٢١/١٥)، مادة " وصى "، ابن فارس – معجم مقاييس اللغة - (١١٦/٦)

[2] الزيلعي – تبيين الحقائق - (٣٧٥/٧)

[3] الكاساني- بدائع الصنائع - (٣٨٥/٧)

الموصى له للوصية إلى وقت الموت([1])، إلا أنّ هذه الملكية لا تستقر إلا بعد القسمة (قسمة التركة)، وأما قبلها فتبقى التركة على حكم ملك الميت([2]).

وخالف زفر؛ فذهب إلى القول بأن الملك في الوصية يثبت بالموت فقط قياسًا على الميراث بجامع أن كلا منهما خِلافة([3]).

واستدل جمهور الحنفية على مذهبهم بالأدلة التالية:

١. قوله تعالى:" وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلا مَا سَعَى{٣٩}"([4])، فظاهر النص يدل على أن الإنسان لا يملك إلا بسعيه، ولو قلنا بثبوت الملك بالموت دون القبول لكان ثابتًا دون سعيه، وهذا مخالف لظاهر النص([5]).

٢. إنّ القول بثبوت الملك في الموصى به دون التوقف على قبول الموصى له، قد يلحق الضرر به (أي بالموصى له) من وجهين([6]):

الأول: ضرر المنّة، إذ قد يلحقه أذىً بامتنان الورثة على ما حصل عليه من مورثهم، فدفعًا لهذا الضرر المتوقع، لزم القول بتوقف ثبوت الملك على القبول.

الثاني: إن الموصى به قد يكون ممّا يحتاج إلى النفقة التي قد لا يقدر عليها الموصى له، والقول بدخول الموصى به في ملكه دون التوقف على قبوله، يلحق به ضرر تحمّل هذه النفقة، وهو لم يلتزم بذلك، بل ألزم بها ممن لا يملك ولاية إلزامه بذلك.

وأما استدلال زفر بالقياس على الميراث، فقد أجابوا عنه بقولهم: إن هذا قياس مع الفارق، إذ الميراث انتقال جبري للملك بحكم الشرع، فلو ترتب على هذا الملك نفقة فإنها تلزم الوارث، لأنها ثبتت بإلزام من له ولاية ذلك وهو الشرع، بخلاف الوصية إذ ثبتت – ابتداءً – بإيجاب الموصي، وهو لا يملك إلزام الموصى له([7]).

ثانيًا: مذهب المالكية

اختلف المالكية في وقت ثبوت الملك في الموصى به، على ثلاثة أقوال:([8])

القول الأول: إنه يثبت بالموت.

---

[1] العيني – البناية شرح الهداية - (٥٤٩/١٢)

[2] العيني – البناية شرح الهداية – (٥٤٩/١٢)

[3] قاضي زاده – نتائج الأفكار(٤٢٩/١٠)

[4] سورة النجم

[5] الكاساني – بدائع الصنائع - (٣٣٢/٧)

[6] الكاساني – بدائع الصنائع - (٣٣٢/٧)

[7] الكاساني – بدائع الصنائع - (٣٣٢/٧)

[8] الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤٢٤/٤)، الدردير – الشرح الصغير بشرح بلغة السالك (٣١٩/٤)

القول الثاني: إنه يثبت بالقبول، مقتصرًا على وقته.

القول الثالث: مراعاة الأمرين، القبول والموت، وهو ما يعني ثبوت الملك بالقبول بأثر رجعي يمتد إلى وقت الموت، وهذا القول هو أشهر الأقوال في المذهب([1]).

ثالثا : مذهب الشافعية

اختلف الشافعية في وقت ثبوت الملك في الموصى به على ثلاثة أقوال:([2])

القول الأول: إن المُوصى به يُملك بالموت.

القول الثاني: أنه ُيملك بالقبول ملكاً مقتصرًا على وقته، أي: وقت القبول.

القول الثالث: التوقف، فإن قبل ثبت الملك بأثر رجعي يمتد إلى حين الموت، وإن ردّه كان للورثة. وهذا القول هو أظهر الأقوال في المذهب([3]).

ووجه هذا القول أنه لا يمكن جعل ملك الموصى به للميت لأنه لا يملك، ولا للوارث لأن الميراث لا يُملك إلا بعد إخراج الوصية والدين، ولا يمكن جعله للموصى له لأن ذلك يلزم منه إدخال مال في ملكه بغير رضاه، وإلزام له من غير ملزم، وذلك غير جائز إلا في الميراث، فلزم القول بالتوقف([4]).

رابعًا : مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة – على الصحيح من المذهب – إلى القول بأن الموصى به يُملك بالقبول ملكًا مقتصرًا، أي ليس له أثر رجعي، فتكون الوصية قبل القبول على ملك الورثة([5])، وخالف أبو الخطاب من الحنابلة فقال بما قال به الحنفية([6]).

وعلل الحنابلة مذهبهم هذا بأن الوصية تمليكٌ لمعين، فيفتقر إلى القبول كسائر العقود، ولا يجوز أن يتقدم الملك على القبول، إذ القبول شطر السبب، أو شرط الحكم، والحكم لا يتقدم على سببه، ولا على شرطه([7]).

وردّ الحنابلة على قول الشافعية بأنه لا يمكن جعل ملك الوصية للورثة، بأن ذلك غير صحيح، بل ينتقل الملك إلى الوارث، وقوله تعالى " من بعد وصيةٍ يوصي بها أو دين " محمول على الوصية المقبولة، بدليل أن الوصية لو ردّت كانت ملكاً للورثة. ويحتمل أن يكون الملك في

---

[1] الخرشي على مختصر خليل - (٤٦٠/٨)، الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (٤٢٤/٤)

[2] الشربيني – مغني المحتاج - (٥٤/٣)، النووي – روضة الطالبين - (١٣٦/٥)

[3] الغزالي – الوسيط في المذهب - (٤٣٠/٤)، الرملي – نهاية المحتاج - (٦٧/٦)

[4] الشربيني – مغني المحتاج - (٥٤/٣)

[5] ابن قدامة – المغني - (٢٥/٦)، المرداوي – الإنصاف - (١٩٤/٧)

[6] ابن قدامة – المغني - (٢٥/٦)، المرداوي – الإنصاف - (١٩٤/٧)

[7] ابن قدامة – المغني - (٢٦/٦)، الزركشي على مختصر الخرقي - (٤١٧/٤)

الوصية للوارث ملكًا غير مستقر، ويستقر بعد الردّ، أو يزول بالقبول، ويكون الملك على نحو لا يبيح لهم التصرف في العين الموصى بها كالمرهون([1]).

ومع التسليم بأن الملك لا يثبت للوارث في الوصية فإنها تكون حينئذٍ على ملك الميت، وأما قول الشافعية بأن الميت لا يملك، فأجاب عنه الحنابلة بأن هذا القول منقوض بتعلق حقه وملكه فيما يحتاج إليه بعد الموت من مؤنة وتجهيز ودفن وقضاء دين، بل ربما تجدد ملك الميت بعد موته كما لو نصب شبكة للصيد فمات، ووقع الصيد فيها بعد موته فإن الصيد يكون على ملكه لمباشرته سببه (أي سبب ملكيته) حال حياته([2]).

الترجيح:

بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم أرى أن الراجح ما ذهب إليه جمهور الحنفية، والمالكية في المشهور، والشافعية في الأظهر، وأبو الخطاب من الحنابلة، من أن الملك في الوصية يثبت في الموصى به بأثر رجعي من حين القبول ممتدًا إلى وقت الموت، وبهذا تكون الوصية قد أفادت حكمها بأثر رجعي.

وقلت بأن هذا القول هو الراجح، لأن الموصي لما لم يحدد وقتًا معينًا لثبوت الملك، دلّ ذلك على قصده التمليك عقب الوفاة مباشرة، والقول بثبوت الملك بالقبول بأثر رجعي ممتد إلى حين الموت فيه تحقيق لغرض الموصي وقصده، ومراعاة لجانب الموصى له، حيث إنّ هذا القول يحقق اعتبارًا لقبوله، إذ لو لم يراع قبوله لألزمناه حينئذٍ بما قد يتضرر منه (منّة أو نفقة)، فإذا قبل ملك من حين الموت جمعًا وتوفيقا بين قصد الموصي ومصلحة الموصى له.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في وقت ثبوت الملك في الموصى بهِ في مسألتين:

المسألة الأولى: في ملكية زوائد الموصى به، وغلته الحادثة منه في الفترة ما بين موت الموصي وقبل قبول الموصى له.

والمسألة الثانية: في ضمان زوائد الموصى بهِ.

وفيما يأتي بيان ذلك:

أولا: ملكية زوائد الموصى به وغلته الحادثة منه في الفترة ما بين موت الموصي وقبل قبول الموصى له.

فعلى القول بأن الملك يثبت بالقبول - بأثر رجعي إلى وقت الموت - تكون الزوائد الحادثة بعد الموت وقبل القبول للموصى له، وعليه نفقتها.

---

[1] ابن قدامة – المغني - (٢٦/٦)

[2] ابن قدامة – المغني - (٢٦/٦)

وذلك لأن الموصى له – على هذا القول – يكون قد ملك الموصى به بأثر رجعي إلى وقت الموت، فما حدث بعد الموت من زوائد تكون قد حدثت على ملكه([1])، وكذا حكمها على القول بثبوت الملك دون التوقف على القبول.

وأما على القول بأن الملك في الموصى به يثبت بالقبول ملكًا مقتصرًا - دون أن يكون له أثر رجعي -، فتكون هذه الزوائد التي حدثت بعد الموت وقبل القبول للورثة([2])، ولما رجحنا أن الملك يثبت بأثر رجعي إلى وقت الموت، فإن ذلك يقتضي ترجيحنا لزومًا بأن تكون هذه الزوائد للموصى له.

إلا أن القائلين بملكية الموصى له للزوائد قد اختلفوا في كيفية حساب هذه الزوائد.

فذهب الحنفية إلى اعتبار هذه الزوائد من أصل الوصية، فيشترط ألا تزيد مع الأصل عن الثلث إذا ما حدثت قبل قسمة التركة، سواء حدثت قبل القبول أم بعده، فإنها على ذلك تدخل في الوصية وتحسب على الموصى له من الثلث، فإن احتملها الثلث كانت للموصى له، وإن زاد مجموع الأصل والزوائد عن الثلث فلا يستحق الموصى له إلا الثلث.

وهذا القول هو ما عليه عامة مشايخ الحنفية([3])، وانفرد القدوري فقال: إن الزوائد الحادثة بعد القبول تكون كلها للموصى له، ولا تدخل في حساب الثلث لكونها تولدت على ملكه الذي ثبت بالقبول وبأثر رجعي إلى وقت الموت ولا فرق – عنده – في ذلك بين أن تكون قد حدثت قبل القسمة وبعدها([4]).

هذا وقد اختلف جمهور الحنفية في كيفية حساب الثلث في حال حدوث الزوائد قبل القسمة، فذهب أبو حنيفة إلى القول بأنه يبدأ باحتساب الثلث من الأصول، فإن نقص استكمل من الزوائد([5]).

وعلل قوله هذا: بأن الأصول هي أصل الوصية التي كانت محلّ إيجاب الموصي وأما الزوائد فسرى إليها حكم الوصية تبعًا، والتبع لا يزاحم الأصل لعدم المساواة، إذ لو احتسب الثلث من مجموع الأصول والزوائد لدخل النقص على أصل الوصية، وفي ذلك إنقاص لما وقع عليه إيجاب الموصي، وهو غير جائز([6])، في حين ذهب الصاحبان إلى أن الثلث يحسب من مجموع قيمة الأصول والزوائد([7]).

---

1 - الكاساني – بدائع الصنائع (٣٣٣/٧)، الشربيني – مغني المحتاج (٥٤/٣)

2 ابن مفلح – الفروع – (٤٤٢/٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة – (٢٥٣/٣)

3 الزيلعي – تبيين الحقائق (٤٠٠/٧،٤٠١)، العيني – البناية – (٥٥١/١٢)

4 الزيلعي – تبيين الحقائق (٤٠١/٧)، العيني – البناية – (٥٥١/١٢).

5 العيني – البناية – (٥٥٠/١٢)

6 الزيلعي – تبيين الحقائق – (١٩٥/٦)، العيني – البناية – (٥٥٠/١٢)

7 البابرتي – العناية شرح الهداية – (٤٦٠/١٠)

ووجه قولهما هذا: أنّ الزوائد دخلت في الوصية تبعًا فتدخل في حساب الثلث، ولا وجه لتقديم الأصول ما دام أنها أخذت حكم الوصية([1])، ويتضح مذهب الحنفية في هذه المسألة بالمثال الآتي:

لو أنّ شخصًا أوصى لآخر بفرس، فولدت مُهرًا، فلهذا المهر أربع احتمالات:

الأول: أن يولد قبل موت الموصي، فهو للورثة باتفاقهم.

الثاني: أن يولد بعد الموت وبعد القبول وقسمة التركة، فهو للموصى له، باتفاق.

الثالث: أن يولد بعد الموت وقبل القبول والقسمة، فهو وصية كأنه كان موجودًا حين الإيجاب، فإن دخل في الثلث كان للموصى له([2])، وإن لم يدخل بأن كان زائداً على الثلث، فليس للموصى له إلا الثلث([3]), إذا لم يجز الورثة الزائد على الثلث – وفي كيفية حساب الثلث خلاف الإمام والصاحبين([4]).

الرابع: أن يولد بعد القبول، وقبل القسمة، فحكمه حكم الحالة الثالثة عند جمهور الحنفية، وخالف القدوري فقال: يكون للموصى له خالصًا ولا يحتسب من الثلث لحدوثه على ملكه.

أما المالكية فقالوا: في المشهور من المذهب إن الزوائد لا تدخل في حساب أصل الوصية، وتعامل كأنها وصية قائمة بذاتها فيأخذ الموصى له ثلث هذه الزوائد، إضافة إلى كامل الأصل([5]).

وأما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنّ الوقت المعتبر في حساب الثلث هو وقت موت الموصي، وهو ما يقتضي حساب الثلث من الأصل دون الزوائد، إذ تكون خالصة للموصى له لحدوثها على ملكه([6]).

وأرى أن الراجح من هذه الأقوال وأولاها بالاعتبار هو ما ذهب إليه الشافعية والقدوري من الحنفية، وهو القول بعدم دخول الزوائد في حساب الثلث. وذلك بما أننا رجحنا أن الملك قد ثبت للموصى له بأثر رجعي، فإن هذا يعني حدوث هذه الزوائد على ملكه، فلا وجه حينئذٍ لحسابها من الثلث، لأنها تكون على القول الذي رجّحناه ثمرة خالصة له، فهي لم يتناولها الإيجاب وإنّما تناولها الملك الذي ثبت في المحل الذي ورد عليه الإيجاب.

---

[1] العيني – البناية شرح الهداية – (٥٥٠/١٢)

[2] كما لو كان له مائة وعشرون ديناراً وأوصى بالفرس وقيمتها عشرون وولدها عشرون.

[3] كما لو كان له مائة وعشرون ديناراً وأوصى بالفرس وقيمتها ثلاثون وولدها عشرون.

[4] فعلى رأي الإمام يكون له الفرس (ثلاثون) وثلث المهر عشرة، وعلى رأي الصاحبين له ثلثا كل من الأم والولد.

[5] الصاوي – بلغة السالك لأقرب المسالك – (٣١٩/٤)

[6] الشيرازي – المهذب – (٥٨٨/١)

ثانيًا: ضمان زوائد الموصى به

ومما يترتب على القول بثبوت الملك في الموصى به بأثر رجعي، ضمان زوائد الموصى به الحادثة بعد موت الموصي، حيث نصّ الحنفية على أن زوائد الموصى به الحادثة بعد موت الموصي، مضمونة على الورثة في حال استهلاكهم لها، كما لو كان الموصى به شجرًا فاستهلكوا ثمرها الحادث بعد الموت، أو شاةً فاستهلكوا صوفها ولبنها الحادثين بعد الموت، فإنهم يضمنون ذلك كله للموصى له، إذ إن الموصى له لما قبل الموصى به ملكه بأثر رجعي إلى وقت الموت، وهو الأمر الذي يعني أن ما حدث من هذه الزوائد بعد الموت يكون قد حدث على ملكه أيضًا فيكون الورثة باستهلاكهم هذه الزوائد، قد أتلفوا ملك الغير فيضمنوا ذلك([1]).

وهذا القول هو مقتضى مذهب الشافعية في الأظهر، وهو مقتضى مذهب المالكية أيضًا في المشهور من المذهب.

ومقتضى مذهب الحنابلة في هذه المسألة هو عدم ضمانها إلا أن يكون هذا الاستهلاك بعد القبول وحدوثها كان أيضًا بعد القبول، وأما في حال حدوثها قبل القبول وتَم استهلاكها من قِبل الورثة، فمقتضى مذهب الحنابلة في ذلك هو عدم الضمان.

الأثر الرجعي لحكم الوصية في القانون:

لم ينص القانون المدني الأردني صراحة فيما إذا كانت الوصية تفيد حكمها بأثر رجعي أم لا ؟ واكتفى بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، حيث جاء في المادة (١١٢٦) تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها.

وقد أحالت المذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة على كتب الفقه الحنفي في تفصيل الأحكام المتعلقة بالوصية([2])، وهذا يشير إلى أن القانون المدني الأردني متجه للأخذ بمذهب الحنفية، وهو ما سبق بيانه، والقاضي بثبوت الملك في الوصية بالقبول بأثر رجعي يمتد إلى وقت الموت. ويؤكد ذلك أمران:

الأول: لقد نص القانون المدني الأردني نفسه في المادة (١١٣٠) في الفقرة الأولى والثانية منه، على أن الوصية لا يحتج بها ما لم يتم تسجيلها رسميًا إذا كانت عقارًا ثم بيّن أنّ لهذا التسجيل أثرًا رجعيا يمتدّ إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة للورثة، أي انتقال ملكية الموصى به إلى الورثة بأثر رجعي([3]).

---

[1] الكاساني – بدائع الصنائع – (٣٣٣/٧)
[2] المذكرات الإيضاحية – (٦٨٦/٢)
[3] المذكرات الإيضاحية – (٦٨٧/٢)

لكن الملاحظ أن القانون قد قصر هذا الأثر الرجعي لتسجيل الوصية في العقار على الورثة، ولم يجعل له أثرًا رجعيًا بالنسبة لغير الوارث. فيكون وقت نقل الملكية بالوصية بالنسبة للغير هو وقت التسجيل، ولا يمتد إلى وقت الوفاة كما هو الحال بالنسبة للورثة.

الثاني: نصّت المادة الثانية، الفقرة الثالثة عشرة، من قانون أصول المحاكمات الشرعية على الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية، والتي من ضمنها الوصية، وهذا يعني أن النظر في أحكام الوصية من حيث مطابقتها للشرع أو مخالفته، وتنفيذها هو من اختصاص المحاكم الشرعية، ولما كان قانون الأحوال الشخصية الأردني وهو قانون الموضوع، لم يتطرق إلى أحكام الوصية تفصيلا، فإن ذلك يقتضي الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة في هذه المسائل استنادًا إلى نص المادة (١٨٣).

وقد سبق أن بينا مذهب أبي حنيفة في وقت ثبوت الملك في الوصية، وهو أنها تملك بالقبول ملكًا مستندًا إلى وقت الموت، وبينا الآثار التي ترتبت على هذا القول، وهو ما يقتضي أن يكون ذلك هو موقف القانون استنادًا إلى المادة (١٨٣) باستثناء ما نص القانون المدني على خلاف المذهب الحنفي فيه، وهو اقتصار رجعية الملك في الوصية بالنسبة للورثة دون الغير إذا كانت عقارًا، أما سائر المسائل التي تتعلق بهذا الموضوع فيرجع فيها إلى الراجح من المذهب الحنفي الذي سبق بيانه بشكل وافٍ.

المطلب الثالث

الأثر الرجعي لحكم العقد المقترن بخيار الشرط

كنت بينت في المطلبين السابقين الأثر الرجعي لحكم العقد الموقوف، وحكم العقد المضاف، وفيما يأتي بيان للأثر الرجعي لحكم العقد المقترن بخيار الشرط إذ هو من الحالات التي يحدث فيها تراخ ما بين انعقاد العقد وثبوت حكمه، على خلاف فقهي في ذلك سوف يأتي بيانه في هذا المطلب.

مفهوم خيار الشرط ومشروعيته

خيار الشرط: هو اشتراط العاقدين أو أحداهما لنفسه أو لغيره أن يكون له الحق في اختيار فسخ العقد أو إجازته في مدة معلومة([1]).

ويسمى خيار ترو أي: تأمل ونظر في إبرام العقد أو عدمه([2])، فهو يمنح صاحبه سلطة فسخ العقد بعد قيامه دون توقف على إرادة الطرف الآخر([3])، وهو مشروع بحديث حبان بن منقذ حيث كان يغبن في البياعات إلا أنه لم يكن يدع التجارة، فشكاه أهله إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام:" إذا أنت بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار"([4]).

فدل الحديث صراحة على اشتراط الخيار في البيع، وهو مشروع عند أغلب الفقهاء([5]).

العقود التي يصح فيها خيار الشرط

ثبتت مشروعية خيار الشرط في عقد البيع كما سبق بيانه في حديث حبان بن منقذ، ومع ذلك فإن الفقهاء لم يقصروا جواز خيار الشرط على عقد البيع، بل ألحقوا به كل ما هو في معناه على خلاف بينهم في ذلك، إلا أن القاعدة العامة في هذا الموضوع هي أنّ خيار الشرط يجوز اشتراطه في العقود اللازمة القابلة للفسخ بالتراضي، نحو البيع والإجارة، والصلح على مال، والقسمة، والمزارعة والمساقاه، والكفالة والحوالة([6]).

---

[1] أحمد حسين فراج – الملكية ونظرية العقد – (ص٣٢٤) ، وقريبًا من ذلك عرفه عبد ا العلفي في كتابه – أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون – (ص١٨٤)

[2] الدردير – الشرح الصغير بشرح بلغة السالك – (٧٩/٣)

[3] شفيق أيوب – خيار الشرط – (ص١١)

[4] أخرجه مسلم – كتاب البيوع – باب من يُخدع في البيع – (١١٦٥/٣)، حديث رقم (١٥٣٣)، وأحمد في المسند – (٧٣/٩)، والبيهقي واللفظ له ،(٤٤٨/٥)، حديث رقم (١٠٤٥٧)، وأبو داود في السنن – كتاب البيوع – باب في الرجل يقول عند البيع " لا خلابة " (ص٥٣١) حديث رقم (٣٥٠٠)

[5] انظر: ابن رشد – بداية المجتهد – (٣٩٩/٣)

[6] انظر: ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (٥٧٠/٤)، ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٢١/١)، ابن نجيم - النهر الفائق شرح كنز الدقائق – (٣٦٣/٣) أبو زكريا الأنصاري – أسنى المطالب شرح روض الطالب – (١١٧/٤-١١٩)

أثر خيار الشرط على العقد

إن معرفة ما إذا كان لحكم العقد المقترن بخيار الشرط أثر رجعي أم لا، متوقفة على معرفة أثر هذا الخيار على حكم العقد. وفيما يلي بيان ذلك:

لقد بحث الفقهاء أثر خيار الشرط على العقد من خلال بحثهم لحكم عقد البيع المقترن بخيار الشرط، وقد اختلفوا في ذلك، وفيما يلي بيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة:

أولا: مذهب الحنفية

ذهب الحنفية إلى القول بأن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم العقد أثناء مدته([١])، يقول الزيلعي:" العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم "([٢])، ومعنى ذلك: أن العقد المقترن بخيار الشرط لا يترتب عليه حكمه ما دام الخيار قائمًا، فإن كان بيعًا لم تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، ولم تنتقل ملكية الثمن إلى البائع، إلا أن الحنفية جعلوا ذلك مقتصرًا على من اشتُرط له الخيار.

ثانياً: مذهب المالكية

وافق المالكية الحنفية في القول بأن الخيار يمنع ثبوت حكم العقد، إلا أنهم قالوا بذلك بغض النظر عن صاحب الخيار، فيبقى المبيع – في عقد البيع – على ملك البائع والثمن على ملك المشتري.

فالعقد المقترن بخيار الشرط بمثابة العقد المنحل بالنسبة لحكمه وذلك أثناء مدة الخيار([٣]).

وقد علل الحنفية والمالكية مذهبهم في منع الخيار لحكم العقد، بأن العقد إنما يفيد حكمه برضا الطرفين، والخيار يمنع تمام الرضا فيمنع بذلك ترتب الحكم([٤]).

ولأن العقد هو السبب في نقل الملك في البيع ونحوه، والفسخ ليس عقدًا ولا سببًا شرعيًا لنقل الملك، ولما اكتفي بالفسخ والردّ دون العقد، دلّ على أن الملك لم ينتقل أصلا إذ لو انتقل لكان ردّه بحاجة إلى عقد جديد([5]).

---

[1] انظر: السرخسي – أصول السرخسي – (٣١٤/٢)، ابن الهمام شرح الفتح القدير - (٣٠٦/٦)

[2] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣١٢/٤)

[3] الصاوي – بلغة السالك على الشرح الصغير – (٨٨/٣)

[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير(٣٠٦/٦).

[5] البهوتي – كشاف القناع – (٢٠٥/٣)، ابن النجار – منتهى الإرادات(٣٥٨/١)

ثالثا: مذهب الشافعية

ذهب الشافعية في الأظهر إلى القول بأن خيار الشرط أن كان للبائع فإنه يمنع من خروج المبيع من ملكه، وإن كان للمشتري لم يمنع فيثبت له ملك المبيع وإن كان لهما فيحكم بوقف الملك، فإن تم العقد ظهر بأنه للمشتري من حيث العقد([1]).

وعللوا مذهبهم هذا بأن صاحب الخيار هو وحده الذي يملك التصرف في المبيع، ونفوذ التصرف دليل الملك، أي دليل ترتب الحكم على العقد. فإن كان الخيار لهما فيستويان في التصرف، فيتوقف الحكم بالملك لعدم أولوية أحدهما على الآخر في ترتب حكم العقد في حقه([2]).

رابعًا: مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة في المعتمد([3]) إلى أن العقد المقترن بخيار الشرط يفيد حكمًا غير لازم، فخيار الشرط عند هذا الفريق لا يمنع حكم العقد وإنما يمنع لزومه. فالملك في البيع المقترن بخيار الشرط ينتقل بنفس العقد، فيخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، ويدخل الثمن في ملك البائع.

وقد علل هذا الفريق مذهبهم بأن البيع المقترن بخيار الشرط من جملة البيوع الصحيحة فينتقل الملك به، ويترتب عليه حكمه كسائر البيوع([4]). وقالوا إن العقد يتم بالإيجاب والقبول، وإذا تم العقد أفاد حكمه، والعقد بالخيار عقد تام، فلزم أن يفيد حكمه، فإن كان بيعًا انتقل الملك في المبيع إلى المشتري([5]).

وردوا على قول الحنفية والمالكية " بأن ثبوت الملك بعد الفسخ لما لم يحتج إلى عقد جديد، دلّ على عدم انتقاله أصلا "، بأن ذلك منقوض بالردّ بالعيب، فكما أن خيار العيب لا يمنع انتقال الملك رغم ثبوت حقّ الفسخ به، فكذا خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك " وترتب حكم العقد " رغم ثبوت حقّ الفسخ به أيضًا([6]).

الأثر الرجعي لحكم العقد المقترن بخيار الشرط

إن الأثر الرجعي لحكم العقد المقترن بخيار الشرط متصور في حالة إمضاء العقد، سواء كان هذا الإمضاء بالإجازة الصريحة للعقد، كأن يقول: أمضيت البيع، أو بمضي المدة، أو

---

[1] شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين(١٩٥/٢)، الشربيني – مغني المحتاج (٤٨/٢)، النووي- روضة الطالبين – (١١٢/٣).

[2] الرملي – نهاية المحتاج – (٢٠/٤)، النووي – روضة الطالبين – (١١٢/٣).

[3] البهوتي – كشاف القناع – (٢٠٥/٣)، ابن النجار – منتهى الإرادات – (٣٥٨/١) مجد الدين أبو البركات – المحرر في الفقه – (٦٥/١)

[4] ابن قدامه – المغني – (٥٧٢/٣)

[5] البهوتي – كشاف القناع – (٢٠٦/٣)

[6] الماوردي – الحاوي الكبير – (٤٧/٥)، ابن قدامة – المغني – (٥٧٢/٣)

بغيرها من طرق انقضاء الخيار. فإذا أعمل صاحب الخيار خياره بالإمضاء، بأن اختار إتمام العقد، فإن الفقهاء والحالة هذه مختلفون فيما إذا كان العقد يفيد حكمه بأثر رجعي، وذلك تبعًا لاختلافهم في أثر الخيار على العقد، ومن خلال ما سبق بيانه من مذاهب الفقهاء في أثر الخيار على العقد، فإن العقد المقترن بخيار الشرط يثبت حكمه بأثر رجعي عند كل من أبي حنيفة وأبي يوسف، في حين أنه يثبت حكمه مقتصرًا على قول محمد بن الحسن من الحنفية وعلى قول كل من المالكية والحنابلة، ويثبت بطريق الظهور والتبيين على قول الشافعية في الأظهر، وفيما يأتي تخريج ذلك :

أما على مذهب الشيخين من الحنفية : فإن العقد المقترن بخيار الشرط لا يترتب عليه حكم أثناء الخيار، حتى إذا ما أعمل صاحب الخيار خياره بالإمضاء والإجازة، أفاد العقد حينها حكمه بأثر رجعي مستندٍ إلى وقت إنشائه[1]، وكأنّ العقد وقع ابتداءً دون خيار، فإذا ما كان العقد بيعًا - مثلا - وكان الخيار للبائع وأجاز البيع بعد ذلك، اعتبر الخيار كأنه لم يكن وثبت حكم البيع بأثر رجعي، فيعد المبيع داخلا في ملك المشتري من حين العقد لا من حين الإمضاء.

وأما محمد بن الحسن فاختلفت الرواية عنه، فروي عنه موافقة الشيخين، وفي رواية أخرى عنه أن حكم العقد يثبت بعد الإمضاء مقتصرًا وليس بأثر رجعي[2]

وأما على مذهب المالكية – في المعتمد – فليس لحكم العقد المقترن بخيار الشرط أثر رجعي في حال إمضائه، بل يثبت مقتصرًا من حين الإمضاء، ولا يستند حكمه إلى الماضي. أي لا يُعدّ الحكم ثابتًا من حين الانعقاد بل من حين الإمضاء فحسب، ومن هنا حكموا بأنّ ملكية الغلة الحادثة أثناء الخيار للبائع دون المشتري، ولو ثبت حكم العقد بأثر رجعي لكانت الغلة الحادثة زمن الخيار للمشتري، ألا أنهم نصوا على أنها للبائع وهو ما يؤكد اقتصار الحكم الثابت بالعقد المقترن بخيار الشرط وعدم رجعيته عندهم[3].

ولا يردُ على هذا أنهم نصوا على ملكية المشتري للولد والصوف الحادثين من المبيع أثناء الخيار، ذلكم أن قولهم هذا لم يكن مبنيًا على أساس أن المشتري ملك المبيع بأثر رجعي، وإنما كان على أساس آخر، وهو أن هذه المتولدات تأخذ حكم الأصل عندهم، فهي بمثابة أجزاء من عين المبيع، ولذا لحقت به وثبت فيها حكمه[4].

---

1 انظر أصول السرخسي (٣١٤/٢).

2 انظر الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٦٤/٥)

3 انظر الخرشي على مختصر خليل – (١٢٠/٥)، القرافي – الذخيرة – (٤٤/٥) الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٠٣/٣، ١٠٤)

4 الخرشي على مختصر خليل – (١٢٠/٥)

وأما على قول الشافعية - في الأظهر- فإن العقد المقترن بخيار الشرط يفيد حكمه بعد الإمضاء من حين العقد لا من حين الإمضاء، ولكن بطريق التبيين والظهور لا بطريق الأثر الرجعي والاستناد. قال النووي في حكم العقد المقترن بخيار الشرط:" فإن تم البيع بان أنه للمشتري من حين العقد "([1]).

فقوله:" بان " يشير إلى ما ذكرته من أن ثبوت حكم العقد لم يكن بأثر رجعي، إذ الحكم كان ثابتًا، وإنما الذي تراخى ظهوره هو العلم بثبوت الحكم، ومن ثم كان ثبوته بطريق التبيين لا بطريق الأثر الرجعي.

وأما على قول الحنابلة فإن العقد المقترن بخيار الشرط يفيد الحكم ابتداءً، والذي توقف على الإمضاء هو لزوم العقد، لا حكمه، فإذا أمضى من له الخيار العقد وأجازه لزم، ومن ثم لا يمكن أن يوصف حكم العقد بأنه ثبت بأثر رجعي، بل هو ثابت ابتداءً بطريق الاقتصار، والذي تراخى إلى حين الإمضاء هو اللزوم كما ذكرت، فإن كان هناك أثر رجعي على هذا القول فهو لوصف العقد - وهو اللزوم - لا لحكمه.

ثمرة الخلاف

ينبني على الخلاف في كيفية ثبوت حكم العقد المقترن بخيار الشرط، الخلاف في مسائل شتى، إلا أن ما يعنينا من هذه المسائل ما كان ثمرة للأثر الرجعي لحكم العقد، وهو ما ينحصر في حكم غلة المبيع الحادثة بعد العقد وقبل الإمضاء أي: الغلة التي حدثت أثناء مدة الخيار.

ويقصد بالغلة هنا: زوائد المبيع المنفصلة غير المتولدة كالكسب والأجرة.

حيث ذهب الحنفية إلى القول بأن هذه الغلة ملك للمشتري، لأنّه بالإمضاء يملك المبيع بأثر رجعي من حين العقد، فكانت هذه الغلة الحادثة بعد العقد حادثةً على ملكه فكانت له([2]).

وقد وافق الحنابلة الحنفية في هذا القول، فحكموا بأنّ الغلة الحادثة زمن الخيار للمشتري، ولكن مع اختلاف في تخريج هذا الحكم، فعند الحنفية تخرّج هذا الحكم بناءً على رجعية الملك الثابت بالعقد المقترن بخيار الشرط بعد إمضائه، في حين أن هذه المتولدات على قول الحنابلة مُلكت ابتداءً بملك أصلها ثابت بالعقد ذاته دون التوقف على إمضاء([3]).

أما المالكية فقد نصوا على أن الغلة الحادثة زمن الخيار للبائع، لأن البيع المقترن بخيار الشرط يفيد حكمه عندهم من حين الإمضاء، فليس له أثر رجعي، فكان ما حدث من غلة قبل الإمضاء حادثا على ملك البائع فكانت له([4]).

---

[1] النووي – متن منهاج الطالبين بشرح مغني المحتاج - (٤٨/٢)

[2] السرخسي – أصول السرخسي (٣١٤/٢)

[3] ابن مفلح – المبدع في شرح المقنع – (٧١/٤)، المرداوي – الإنصاف – (٣٨٢/٤)

[4] القرافي – الذخيرة – (٤٤/٥)، الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٠٣/٣)

وأما الشافعية فعلى القول بتوقف الملك أثناء الخيار وثبوته من حين العقد بعد الإمضاء، فإنهم يقولون بذلك على سبيل الظهور والتبيين، وليس بطريق الأثر الرجعي، وهو الطريق نفسه الذي تملك به الغلة، أي أن الغلة على هذا القول للمشتري بطريق الظهور والتبيين لا بطريق الأثر الرجعي([1]).

موقف القانون

نظم القانون المدني الأردني أحكام خيار الشرط في المادتين (١٧٨، ١٧٩) حيث نصت المادة (١٧٨) على أنه " إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية، فلا يخرج البدلان عن ملكهما، فإن جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه، وجاء في المادة (١٧٩) لصاحب خيار الشرط الحق في فسخ العقد وإجازته.

فإن اختار الإجازة لزم العقد مستندًا إلى وقت نشوئه، وبهذا يكون القانون قد أخذ بمذهب الحنفية من حيث الأثر المترتب على خيار الشرط وهو منعه لثبوت الحكم، ومن حيث أنّ العقد المقترن بخيار الشرط يفيد حكمه بأثر رجعي بعد إمضائه وإجازته من صاحب الخيار، كما هو نص الفقرة الثانية من المادة (١٧٩).

[1] الشربيني – مغني المحتاج – (٤٨/٢)

المطلب الرابع

الأثر الرجعي لحكم العقد المعلق على شرط

تمهيد

سبق أن ذكرت أن الحالة العامة التي ينشأ عنها الأثر الرجعي للحكم هي تلك الحالة التي يحدث فيها تراخٍ ما بين انعقاد السبب وتحقق الحكم، ومن هذه الحالات، تلك التي يكون الالتزام العقدي معلقًا فيها على شرط.

وفيما يأتي بيان مفهوم التعليق وأثره على الالتزامات التعاقدية مبينًا فيما إذا كان الالتزام المعلق على شرط يفيد حكمه بأثر رجعي عند تحقق الشرط أم لا ؟ .

مفهوم التعليق

التعليق: هو ربط حصول مضمون جملةٍ بحصول مضمون جملة أخرى([1])، وذلك نحو قوله:" إذا جاء زيد فأنا كفيلٌ لك "، بحيث علّق تحقق الكفالة على مقدم زيد. فالتعليق إذن ربط تحقق الالتزام بشرط محتمل الوقوع، بحيث إذا تحقق هذا الشرط تم الالتزام وهو يعني أيضًا بقاء الالتزام معدومًا ما دام الشرط غير متحقق.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن المقصود بالشرط هنا: وصف خارج عن ماهية الالتزام، فهو ليس عنصرًا أساسيًا من عناصره، فهو ليس شرطا شرعيًا للالتزام، وإنما هو شرط إرادي جعْليّ، جُعل الالتزام - بإرادة المكلف - مرتبطا به وجودًا، ويشترط في هذا الشرط أن يكون محتمل الوقوع لا مؤكدًا ولا مستحيلا([2])

التصرفات التي تقبل التعليق، وأثره عليها

وضع بعض الفقهاء ضابطا لما يقبل التعليق من العقود والتصرفات القولية مما لا يقبله، وهو أنّ ما كان تمليكًا محضًا فلا يقبل التعليق، وذلك نحو البيع والنكاح والوقف، وما كان إسقاطا محضًا فيقبله نحو العتق، وما كان فيه الوجهان فمحل خلاف نحو الفسخ والإبراء([3])

وبصرف النظر عن العقود والتصرفات التي تقبل التعليق أو لا تقبله، فالمهم في هذا المقام هو أثر التعليق على العقود والتصرفات التي تقبله، وبالنظر إلى ذلك تجد أن الحنفية والشافعية متفقون على أنّ التصرف المعلّق لا يفيد حكمه قبل تحقق الشرط، على اختلاف بينهم في انعقاد

---

[1] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص ٣١٧)

[2] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص ٣١٨) حيث جاء فيه:" وشرط صحة التعليق كون الشرط معدومًا على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل "

[3] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص٣١٨)

السبب قبل ذلك أم لا؟ حيث يرى الحنفية أن التعليق يمنع انعقاد السبب([1])، في حين يرى الشافعية انعقاد السبب في الحال، وعدم ترتب الحكم إلى حين تحقق الشرط، فأثر التعليق عندهم مقتصر على تأخير حكم السبب([2])، في حين أن أثر التعليق عند الحنفية أبعد من ذلك حيث يمنع السبب نفسه من الانعقاد.

الأثر الرجعي للشرط

فإذا تحقق الشرط الذي علق عليه الالتزام القابل لذلك، فهل يحكم بتحقق الالتزام من حين وجود الشرط فيكون مقتصرًا، أم من حين إنشاء ذلك الالتزام، فيكون له أثر رجعي؟ وهذا هو المقصود بالأثر الرجعي للشرط ؟

ولقد سبق بيان أثر التعليق على الالتزام عند كل من الحنفية والشافعية، وبيّنت أن الفريقين على أن حكم المعلق لا يثبت إلا عند تحقق الشرط.

ومن ثم لا يسري حكم الالتزام على الماضي، وإلا لزم من ذلك تحقق المشروط قبل الشرط وهو محال. والذي يظهر من فروع الفقهاء في هذه المسألة أنها محل اتفاق([3]).

من هنا نخلص إلى القول بأنّ العقد المعلق على شرط إنما يفيد حكمه عند تحقق الشرط، وذلك مقتصرًا على المستقبل، وليس له انسحاب على الماضي، وبتعبير آخر، ليس لحكم العقد المعلق أثر رجعي لما يلزم من ذلك تحقق المشروط قبل قيام الشرط، وهو لا يصح([4])، ولم تكن مسألة انعدام الأثر الرجعي لحكم العقد - أو للشرط على حدّ تعبير المعاصرين - لم تكن محل خلاف عند الفقهاء على النحو الذي حدث عند القانونيين كما سنرى.

الأثر الرجعي للشرط في القانون

إن مسألة الأثر الرجعي للشرط أو " للالتزام المعلق على شرط " من أوسع المسائل التي ثار حولها جدلٌ واسع بين شراح القانون المدني، وقبل بيان موقفهم من هذه المسألة لا بد من بيان معنى الشرط عندهم.

---

[1] ابن نجيم – الأشباه والنظائر– (ص١٥٠)، وقد نصّ الحنفية على أنّ التصرّف المعلق على شرط يفيد حكمه عند تحقق ذلك الشرط، وقد أطلق الحنفية على ذلك مفهوم الانقلاب، كما سبق بيانه في الفصل الأول من هذه الرسالة.

[2] سعد الدين التفتازاني – شرح التلويح على التوضيح – (ص٢٧٧)

[3] انظر: الحصني – القواعد – (١٨٩/٢)، الزنجاني – تخريج الفروع على الأصول – (ص١٤٨)، ابن قدامة- المغني – (٢٦/٦)، علي حيدر – درر الحكام – (٨١/١)

[4] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥١١/١)

فالشرط عندهم هو: ذلك الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع الذي يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله، فيكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبًا على أمر مستقبل غير محقق الوجود([١]).

وهذا الشرط قسمان: الشرط الواقف: وهو الذي يترتب على تحققه تحقق الالتزام، والشرط الفاسخ: وهو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام([٢]).

وقد اختلفت القوانين المدنية الحديثة في موقفها من الأثر الرجعي للشرط ما بين مؤيد لفكرة الأثر الرجعي للشرط ومعارض لها.

فقد نصت بعض القوانين على إسناد أثر الشرط إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام آخذة في ذلك بفكرة الأثر الرجعي للشرط، وهذا الاتجاه هو ما أخذ به القانون المدني المصري.

في حين ذهبت قوانين أخرى إلى رفض فكرة الأثر الرجعي للشرط معتبرة ذلك مخالفا للقاعدة العامة التي تنص على أنّ المعلق يثبت عند ثبوت الشرط لا قبله، ولو أعملت فكرة الأثر الرجعي للزم من ذلك وجود المشروط قبل وجود الشرط وهو ممنوع([٣]).

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن كثيرًا من النتائج العملية المتحققة نتيجة لإعمال الأثر الرجعي للشرط يمكن تحققها وتفسيرها بطرق أخرى غير طريق رجعية الشرط، وهم بذلك يرون أن فكرة الأثر الرجعي للشرط لا تستند إلى حقيقة واقعة بقدر استنادها إلى افتراض مجازي([٤])

وبهذا الاتجاه الرافض لفكرة الأثر الرجعي للشرط، أخذ القانون المدني الأردني متمشيًا في ذلك مع الفقه الإسلامي.

فقد نظم القانون المدني الأردني أحكام تعليق الالتزام على شرط في المواد (٢٩٣ – ٤٠١) منه.

وقد نص في المادة (٣٩٨) على أنه " لا ينعقد التصرف المعلق على شرط غير منافٍ للعقد إلا إذا تحقق الشرط ".

وقد حسم الأمر في نفي رجعية الشرط في المادة (٤٠٠) حيث نصت على أن المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط، فيفهم من ذلك أن المشروط قبل تحقق الشرط لا يحكم بثبوته فهو معدوم قبل الشرط.

---

[1] د. محمود عبد الكريم الديب – بدء سريان الالتزام – الإسكندرية – ١٩٩٩م، (ص٨) والتعريف : هو نص المادة (٢٦٥) من القانون المدني المصري.

[2] السنهوري – الوسيط – (٢٨/٣، ٢٩)

[3] موريس نخلة – الكامل في شرح القانون المدني – (٢٨٩/١)

[4] السنهوري – الوسيط – (٦١/٣)، إسماعيل غانم – في النظرية العامة للالتزام – (٢٧٢/٢)

وقد علات المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، ذلك بأن " المشروع قد تجاوز النص الذي جرت عليه القوانين الحديثة وهو إسناد أثر الشرط إلى الماضي، لمخالفته للمبادئ العامة في الفقه الإسلامي، ولتعارضه مع القاعدة العامة التي تنص على أن المعلق يثبت عند ثبوت الشرط لا قبله"([١]).

وبهذا تبين موافقة القانون المدني الأردني للفقه الإسلامي في هذه المسألة، و الحمد.

[1] المذكرات الإيضاحية – (٤٤٩/١)

المبحث الثاني
الأثر الرجعي للإجازة الواردة على العقد

تمهيد:

تناولت في المبحث الأول الأثر الرجعي لحكم العقد، وبينت الحالات التي يثبت فيها حكم العقد بأثر رجعي نحو العقد الموقوف، والعقد بخيار الشرط – على خلاف سبق بيانه-، وذكرت أن العقد الموقوف يتوقف حكمه على صدور الإجازة من صاحب الشأن، ولقد كان للأثر الرجعي لحكم العقد أثره على الإجازة نفسها. وهذا ما سأوضحه في هذا المبحث.

المطلب الأول
تعريف الإجازة لغة واصطلاحًا

الإجازة في اللغة: الإنفاذ، يقال: أجاز الشيء إذا أنفذه([١]).

ولا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن معناها اللغوي، فيقولون في بيع الفضولي مثلا: إنه موقوف على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ، بمعنى: إذا أنفذه نفذ([٢])، إلا أنّ البعض عرفها بأنها:" تصرف شرعي في عقد موقوف توجب نفاذه وترتب حكمه عليه"([٣]).

والتصرف يشمل القول والفعل، ولذلك فإن الإجازة يمكن أن تكون بالقول نحو قوله: أجزت بيعه، أو بالفعل نحو تسليم المالك المبيع للمشتري في بيع الفضولي، حيث يعدّ التسليم – في هذه الحالة – إجازة للبيع([٤]).

---

[1] الفيومي – المصباح المنير – (١٥٨/١)، المعجم الوسيط – (١٤٦/١)

[2] الموسوعة الكويتية – (٣٠٣/١)

[3] د. عبد ا الخميس – التصرفات الموقوفة – (ص٦٩)

[4] ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٣١/١)

المطلب الثاني

الأثر الرجعي للإجازة

تتفق المذاهب الفقهية على أن للإجازة أثرًا رجعيًا يظهر في التصرف محل الإجازة ويعبر الفقهاء عن هذا الأثر بقولهم:" الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة "([1]).

إلا أنه لا يمكن إطلاق القول بأن للإجازة أثرًا رجعيا في جميع حالاتها، إذ من التصرّفات ما يلحقها الإجازة دون أن يكون لها أثرٌ رجعيّ، بل يثبت أثرها مقتصرًا على وقت صدورها، فيختلف أثر الإجازة فيما إذا كان رجعيا أو مقتصرًا بحسب نوع التصرّف الذي تلحقه.

وفيما يأتي بيان ذلك:

أولا : الأثر الرجعي لإجازة التصرفات العقدية

للأثر الرجعي في إجازة التصرفات العقدية ثلاث صور:

الصورة الأولى: النفاذ بعد التوقف

من التصرفات التي تلحقها الإجازة، التصرفات العقدية الموقوفة، ذلكم أن العقد الموقوف يفيد حكمه بأثر رجعي من حين إنشائه وذلك في حال إجازته كما سبق بيانه، وهنا لا بد من التفريق بين الأثر الرجعي للإجازة الواردة على العقد والأثر الرجعي لحكم العقد ذاته.

فالأثر الرجعي لحكم العقد هو أثر رجعي للعقد ذاته ظهر هذا الأثر في المحل، وذلك نحو ثبوت الملك في المحل بأثر رجعي، في حين أن الأثر الرجعي للإجازة هو نفاذ ذلك الحكم، فثمة فارق بين الأثرين.

فالأثر الرجعي للإجازة هو أثر رجعي لوصف العقد، في حين أنّ الأثر الرجعي لحكم العقد هو أثر رجعي لذات العقد.

الصورة الثانية: الصحة بعد الفساد

وقد يظهر الأثر الرجعي للإجازة في صحة العقد – بعد فساده – كما لو كان العقد فاسدًا وأمكن أن تلحقه الإجازة كما هو مذهب جمهور الحنفية في عقد المكره، فإن عقد المكره عندهم عقد فاسد، إلا أن فساده لما كان لحَق العبد أمكن أن تلحقه الإجازة([2]). فإذا أجيز من المكره بعد زوال الإكراه، صح العقد بعد أن كان فاسدًا، وعُد العقد وكأنه انعقد صحيحًا([3])، فكان الأثر الرجعي للإجازة هو الصحة وهي – كما لا يخفى – وصف لحكم العقد.

---

[1] ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٣١/١)، الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٢/٤)

[2] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٨٦/٧)

[3] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٨٦/٧)

الصورة الثالثة: اللزوم بعد الجواز

وقد تلحق الإجازة التصرفات العقدية النافذة غير اللازمة، وذلك نحو بيع المكره – عند المالكية، فهو بيع صحيح نافذ لكنه غير لازم من جهة المكره([1])، فإذا أجاز المكره هذا البيع لزم العقد، فيصبح البيع وكأنه انعقد لازماً من حين نشأته، فيكون الأثر الرجعي للإجازة في هذه الحالة هي لوصف العقد وهو اللزوم.

ثانيًا : الأثر الرجعي للإجازة في التصرفات القولية غير العقدية

ويقصد بالتصرفات القولية غير العقدية تلك التصرفات التي تثبت آثارها الشرعية بإرادة قائلها، وهي ما يُعبّر عنها بتصرفات الإرادة المنفردة، نحو الطلاق والعتاق والإبراء، فإذا ما وقعت هذه التصرفات موقوفة على إجازة صاحب الشأن ثم لحقتها الإجازة، فهل يكون لإجازة هذا النوع من التصرفات أثر رجعي، أم يثبت أثر الإجازة مقتصرًا ومن ثم يقع الطلاق والعتاق من حين الإجازة؟

الذي يظهر أن إجازة هذا النوع من التصرفات تقع مقتصرة وليس لها أثر رجعي، فيقع الطلاق من حين إجازته لا من حين إنشائه، وكذا العتاق. فأثر الإجازة في إنفاذ الطلاق والعتاق لم يسر على الماضي، وإنما ثبت حكمه من حينه، ولذا أخذت الإجازة في هذه الحالة حكم الإنشاء([2]).

جاء في جامع الفصولين قوله:" قال لامرأة غيره إن دخلت الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج، فدخلت الدار طلقت، وكذا الأمر باليد ونحوه من الفضولي يثبت حكمه مقصورًا على حالة الإجازة حتى لا يقع الطلاق الموقع قبل الإجازة "([3])، وهذا يؤكد أن الإجازة ليس لها أثر رجعي في هذا النوع من التصرفات.

وهنا لا بُدّ من التساؤل حول الضابط الذي يحدد فيما إذا كان للإجازة أثر رجعي أم لا.

لقد وضع بعض الفقهاء ضابطا لذلك وهو أن ما كان يقبل التعليق بالشرط من التصرفات القولية فإن إجازته تقع مقتصرة وليس لها أثر رجعي، وما كان لا يقبل التعليق بالشرط من تلك التصرفات نحو البيع والإجارة فإن إجازته يكون لها أثر رجعي في إنفاذ تلك التصرفات بحيث تعدّ نافذة من حين إنشائها لا من حين صدور الإجازة([4]).

---

[1] الحطاب – مواهب الجليل – (٢٤٨/٤)

[2] ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٢٩/١)، ابن مفلح الفروع – (٣٧،٣٦/٤)

[3] ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٢٩/١)

[4] الحموي – غمز عيون البصائر – دار العامرة للطباعة - (١٥٧/٢)

المطلب الثالث

ما يترتب على الأثر الرجعي للإجازة

يترتب على سريان الإجازة بأثر رجعي في التصرفات العقدية، جملة من الآثار هي في أغلبها تمثل شروطا لصحة الإجازة، وفيما يأتي بيانها:

١. أن يكون للتصرف مجيز وقت إنشائه:

فإذا كان للتصرف العقدي الموقوف من يجيزه حال صدوره، أمكن أن تلحقه الإجازة، وأما إن لم يكن له مجيز وقت صدروه لم ينعقد التصرف، ومن ثم لا تلحقه الإجازة، لأن الإجازة لا تلحق الباطل([١]).

وهذا الشرط هو في حقيقته أثر من آثار القول برجعية الإجازة، ذلكم أن الأثر الرجعي للإجازة هو إنفاذ العقد من حين صدوره وهذا يقتضي وجود عناصر نفاذه في ذلك الوقت([٢]). وتطبيقا لهذا الشرط، لو أن شخصًا وهب مال غيره ثم أجازه نفذت الهبة إذا كان المالك وقت الهبة أهلا للتصرف، لأنه يكون للتصرف مجيز وقت إنشائه فلحقته الإجازة وظهر أثرها في إنفاذ التصرف، وسرى هذا الأثر على الماضي فعدّ هذا التصرف نافذا من حين إنشائه، وأما إن كان المالك صغيرًا وقت التصرف ثم أجيز، فإن الإجازة لا تلحقه لعدم وجود مجيز لهذا التصرف وقت صدوره وإنشائه، إذ لا يملك الصغير التصرف في ماله على وجه التبرع فكان تصرفا باطلا لا تلحقه الإجازة([٣]).

٢. قيام محل التصرف:

ولكي تسري الإجازة بأثر رجعي على المحل، يجب أن يبقى محل التصرف العقدي قائمًا، فلو هلك قبل صدور الإجازة من صاحب الشأن لم تصح([٤]). وهذا الشرط أيضًا هو من عوامل الأثر الرجعي للإجازة، لأن الأثر الرجعي للإجازة يعني إنفاذ العقد من حين انعقاده، وهذا يقتضي وجود المحل، إذ التصرف في المحل الهالك تصرف في المعدوم، وهو لا يصح.

وعليه لو هلك المبيع في بيع الفضولي قبل الإجازة من صاحب الشأن ثم أجازه لم تصح، لفوات المحلّ، بخلاف الثمن غير المعيّن، فإن الإجازة بعد هلاكه تصح لثبوته في الذمة([5]).

---

[1] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٠٧،١٠٦/٥)

[2] السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – (١٧٥/٤)

[3] السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي - (١٧٥/٤)

[4] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٨٧/٧)

[5] علي حيدر – درر الحكام – (٤٠٥/١)، السنهوري - مصادر الحق – (١٧٥/٤)

٣. قيام أطراف التصرف حال صدور الإجازة:

ومن عوامل الأثر الرجعي للإجازة أيضًا، اشتراط بقاء أو قيام أطراف التصرف حال صدور الإجازة، ففي بيع الفضولي مثلاً يشترط لصحة الإجازة وجود كلّ من البائع الفضولي، والمشتري، والمالك، ولو مات أحد هؤلاء قبل إجازة التصرف، لم تصح الإجازة بعد ذلك([1])، وهذا أيضًا نتيجة تفرضها نظرية الأثر الرجعي للإجازة القائمة على إسناد أثرها إلى الماضي وسريانها عليه مما تقتضي أو تفترض وجود هذه العناصر في ذلك الماضي حتى يصح إثبات حكمها فيها بإنفاذ التصرف واعتباره نافذا من ذلك الوقت، وهو وقت الإنشاء أو الانعقاد([2]).

٤. إن المجيز يطالب المباشر بالثمن بعد الإجازة إذا كان التصرف محل الإجازة بيعًا، ثم يرجع المالك على الفضولي بالثمن، وليس على المشتري، وما هذا إلا إعمالاً للأثر الرجعي للإجازة إذ أصبح الفضولي بمقتضى الإجازة اللاحقة وكيلا سابقا في ذلك التصرف من حين إنشائه، وهو الأمر الذي يستلزم رجوع حقوق العقد إليه والتي منها تسليم الثمن([3]).

موقف القانون:

فبالنسبة لإجازة التصرفات العقدية الموقوفة، فقد نصت المادة (١٧٥) من القانون المدني الأردني على أنه إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندًا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

فيستفاد من هذا النص أن للإجازة أثرًا رجعيًا يظهر في إنفاذ التصرف من حين صدوره، وبهذا يتفق موقف القانون مع الفقه في إجازة التصرفات العقدية الموقوفة.

---

[1] ابن قاضي سماونة – جامع الفصولين – (٢٣٠/١)، علي حيدر – درر الحكام – (٤٠٥/١)، السنهوري – مصادر الحق – (١٧٥/٤)

[2] السنهوري – مصادر الحق – (١٧٥/٤)

[3] الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٨/٤) علي حيدر – درر الحكام – (٤٠٧/١)

المبحث الثالث
الأثر الرجعي لتعديل محل العقد

تمهيد:

تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل الأثر الرجعي لحكم العقد، وسأبين في هذا المبحث مجالا آخر من المجالات التي يظهر فيها مفهوم الأثر الرجعي، وذلك من خلال بحث رجعية التعديل الطارئ على محل العقد. إذ من العقود ما يقبل هذا التعديل بعد قيامه وانعقاده، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن لهذا التعديل الوارد على محل العقد أثرًا رجعيًا، وقبل بيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة لا بد من بيان مفهوم محل العقد، ثم دراسة الأثر الرجعي للتعديل الطارئ على هذا المحل في كل من عقد البيع وعقد الرهن، وألحقت به تعديل المهر في عقد النكاح.

محل العقد: هو المعقود عليه الذي يظهر فيه حكم العقد وأثره، نحو المال المبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، وهكذا([1]).

تصوير المسألة:

وقد يرغب أحد العاقدين أو كلاهما بتعديل محل العقد بعد انعقاده بزيادة أو إنقاص أو تأجيل بعد حلول، فهل يكون لهذا التعديل أثر رجعي؟، بمعنى أنه هل يلحق هذا التعديل بأصل العقد، فيصبح العقد وكأنه انعقد على هذه الصورة الجديدة التي أصبحت له بعد التعديل، أم يأخذ التعديل أحكامه من حين ثبوته وإنشائه؟، تلكم هي صورة المسألة،، وذلكم هو المقصود بالأثر الرجعي لتعديل محل العقد. وقد وقع خلاف بين الفقهاء في مسألتين:

الأولى: وهي أصل جواز التعديل.

الثانية: الأثر الرجعي للتعديل على فرض القول بصحته وجوازه.

وسأبين فيما يأتي مذاهب الفقهاء في هذه القضية من خلال مطالب ثلاثة:

الأول: في تعديل محل عقد البيع.

الثاني: في تعديل محل عقد الرهن.

الثالث: في تعديل المهر في عقد النكاح.

وذلك كنماذج عملية رئيسةٍ لهذه القضية وهي قضية الأثر الرجعي لتعديل محل العقد.

---

[1] ولقد بحثت التعديل الوارد على عقد النكاح في هذا المبحث لشدة الاتصال بالموضوع، ولم أشأ أن أفرده، رغم أن التعديل المتصور في عقد النكاح هو تعديل المهر، وإن كان المهر لا يصدق عليه أنه محل العقد في النكاح، إلا أن تعديله وثبوت هذا التعديل بأثر رجعي أو عدمه هو محل خلاف عند الفقهاء وهو مما يلحق ببحث هذه المسألة، ولذلك فإني سميتُ عنوان هذا المبحث بالأثر الرجعي لتعديل محل العقد، وذلك من باب التغليب. وانظر في تعريف محل العقد: الزرقاء- المدخل الفقهي – (٣١٤/١)

المطلب الأول

الأثر الرجعي لتعديل المحل في عقد البيع

الفرع الأول

الأثر الرجعي لتعديل المبيع

ويقصد بتعديل المبيع زيادة المبيع الذي وقع عليه عقد البيع، من قبل البائع أو إنقاصه من قبل المشتري، فمثال تعديله بالزيادة نحو أن يبيع خمسة أثواب بعشرة دنانير، ثم بعد تمام العقد يزيد البائع المشتري ثوبًا آخر. ومثال تعديله بالإنقاص، أن ينقص المشتري في المثال السابق ثوبًا من الخمسة التي عقد البيع عليها وذلك بعد تمام العقد.

الأثر الرجعي لتعديل المبيع:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان هذا التعديل مما يصح أن يُلْحقَ بأصل العقد فيكون له بذلك أثر رجعي، أم لا، وذلك على قولين:

القول الأول:

يجوز تعديل المبيع بالزيادة من قبل البائع، ويكون لهذا التعديل أثر رجعي، فتلحق الزيادة بأصل العقد، وسواء حدث هذا التعديل في مجلس العقد أم في مجلس آخر، وسواء قبل القبض أم بعده، ولا فرق أيضًا فيما لو حدث هذا التعديل قبل لزوم العقد أم بعده. وذهب إلى هذا القول جمهور الحنفية([1])والمالكية([2]).

واشترط هذا الفريق لصحة هذا التعديل أربعة شروط:

الأول: أن تكون الزيادة في المبيع معلومة، فإن كانت مجهولة لم تصح([3]).

الثاني: القبول، فلو ردها المشتري، أي الزيادة، لم تصح([4])

الثالث: اتحاد المجلس، بأن يتم إحداثها وقبولها في مجلس واحد، ولا عبرة للقبول الصادر من المشتري بعد المجلس، والمقصود بالمجلس هنا هو المجلس الذي حدث فيه هذا التعديل، وليس مجلس أصل العقد([5])

---

[1] انظر: الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٨/٥)، البابرتي – شرح العناية على الهداية- (٥٢١/٦) الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤٤٣/٤)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٤/٥)

[2] الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٦٥/٣)، عليش – منح الجليل – (٦١٥/٣) ابن الشاط – تهذيب الفروق – (٢٩٠/٣).

[3] علي حيدر – درر الحكام – (٢٣٩/١)

[4] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٩/٥)، علي حيدر – درر الحكام – (٢٣٩/١)

[5] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٩/٥) ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٤/٥)

الرابع: بقاء المبيع، وهذا الشرط على ظاهر الرواية في مذهب أبي حنيفة، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنّ الزيادة تصحّ ولو بعد هلاك المبيع، ووجه هذه الرواية: القياس على الحطّ من الثمن بعد الهلاك([1]).

ووجه ظاهر الرواية: أن الحكم الذي يثبت مستندًا، أي بأثر رجعيّ، بحيث أن يثبت أولا في الحال، ثم يمتد أثره إلى الماضي، وبهلاك المبيع لا يصادف هذا التعديل (الزيادة) محلا، فلم يصح . بخلاف الحطّ من الثمن بعد الهلاك، إذ يصح الحط منه ولو بعد هلاك المبيع، لأن الثمن ثابت في الذمة، فصادف الحط محلا صالحًا لثبوته هو الذمة، فصح بخلاف المبيع. وهذا هو الراجح في المذهب([2]).

وأما تعديل المبيع بالحطّ منه، فإن الحنفية يفرّقون بين حالتين:([3])

الأولى: إذا كان المبيع مسلمًا فيه وكان دينًا، أي: مما يثبت في الذمة، وذلك نحو أن يبيعه مائة كيلو غرام من القمح من صبرة معينة، وحطّ المشتري منها عشرين كيلو، صحّ الحطّ وثبت بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، فيكون العقدُ وكأنّه وقع ابتداءً على ثمانين كيلو من الحنطة.

الثانية: إذا كان المبيع عينًا: فلا يصح تعديله بالحطّ منه، وعلة ذلك أن الحطّ إسقاط، والإسقاط لا يجري في الأعيان وإنما محله الدّيون([4]).

الأدلة:

استدل جمهور الحنفية، والمالكية على أن تعديل المبيع يُلحق بأصل العقد فيكون له أثر رجعيّ بالأدلة الآتية:

١. قوله تعالى: " فَآتُوهُن أُجُورَهُن فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ {٢٤} "([5]).

وجه الدلالة: إن ما يتراضى عليه الزوجان بعد الفريضة " المهر المسمى" هو الزيادة في المهر، وقد رفع ا تعالى الحرج عن ذلك، فدل على جواز هذه الزيادة، وإذا صحّ ذلك في عقد النكاح، صحّ في البيع([6]).

---

[1] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢٢/٦)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٤/٥) الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٦٠/٥)

[2] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢٢/٦)

[3] الشلبي - حاشية الشلبي على تبيين الحقائق – (٢٤٢/٤)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٦/٥)، علي حيدر – درر الحكام – (٢٣٩/١)

[4] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص٣٠٧)

[5] سورة النساء

[6] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٩/٥)

٢. قوله صلّى ا عليه وسلّم للوزان:" زن وأرجح، فإنا معاشر الأنبياء هكذا نزن "([1]) هو من الأدلة على جواز الزيادة في الثمن وهو دليل على جواز الزيادة في المبيع([2]).

٣. قوله صلّى ا عليه وسلّم:" المسلمون على شروطهم"([3]) وهذا يقتضي أن يفي كل مسلم بشرطه، ما لم يكن حرامًا، فالبائع ملزم بأداء الزيادة لأنه شرطها على نفسه([4]).

وهذه الأدلة إنما تصلح في ظاهرها لإثبات صحة الزيادة، وأما لحوق هذه الزيادة أو الحط بأصل العقد، فإن ذلك يفتقر إلى أدلةٍ أخرى.

ولهذا استدرك الحنفية ذلك فقالوا: إنه لا يصح أن يقال بأن ذلك وقع على وجه الهبة وهي غير لازمة، لأنه أوقعها على صفة المبيع، فلا بد من مراعاة قصده، وإلحاقها بأصل العقد يحقق هذا القصد، ولا يصح اعتبارها هبة مبتدأة كونه لم يقصد ذلك، والأصل أن يحمل التصرف على الوجه الذي قصده صاحبه ما دام أن ذلك ممكن([5]).

القول الثاني:

إن تعديل المبيع بزيادته أو الحط منه يثبت بأثر رجعي، فيلحق بأصل العقد إذا حدث هذا التعديل قبل لزوم العقد، كما لو حدث أثناء خيار المجلس، أو أثناء مدة خيار الشرط، وأما بعد لزوم العقد فلا يلحق التعديل بأصل العقد، بل يُحمل على أنه هبة مبتدأة لا تلزم إلا بالقبض.

وهذا ما ذهب إليه زفر من الحنفية([6])، والشافعية في الأظهر([7])، والحنابلة([8]).

وفي قولٍ آخر عند الشافعية لا يلحق التعديل بأصل العقد ولو حدث قبل لزومه، وفي قول ثالث لهم ذهبوا إلى التفريق بين خيار المجلس وخيار الشرط فقالوا إنّ الزيادة الواقعة في خيار المجلس تلحق بأصل المبيع، ولا تلحق به إذا كانت واقعة في مدة خيار الشرط([9]).

---

1 رواه أحمد في المسند – (٤٤٤/٣١)، والترمذي في البيوع – باب ما جاء في الرجحان في الوزن – (ص٣٠٩) حديث رقم (١٣٠٥)، وابن ماجه في البيوع – باب الرجحان في الوزن – (ص٣٨٢) حديث رقم (٢٢٤٠)

2 الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٩/٥).

3 رواه أبو داود – باب في الصلح – (ص٥٤٤) حديث رقم(٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرك – (٥٠/٢)

4 الكاساني - بدائع الصنائع - (٢٥٩/٥)

5 الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٩/٥)

6 الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٨/٥)

7 سليمان الجمل – حاشية الجمل على شرح المنهج – (٨٥/٣)، الروياني – بحر المذهب – (٢٣٨/٦) النووي – المجموع – (٦٠/١٢)، الماوردي – الحاوي الكبير – (٣٤٢/٦)

8 ابن قدامة – المغني – (٢٠٠/٤)، ابن مفلح – المبدع – (١٠٦/٤، ١٠٧)

9 أبو زكريا الأنصاري – أسنى المطالب شرح روض الطالب – (٢٣٢/٤)، سليمان الجمل – حاشية الجمل على شرح المنهج – (٨٥/٣).

الأدلة:

استدل هذا الفريق على أن التعديل الواقع بعد لزوم العقد لا يُلحق به، فلا يكون له أثر رجعي، بالأدلة التالية:

١. إن لحوق الزيادة أو الحط (التعديل) بأصل العقد يعني أن هذه الزيادة أصبحت مبيعة، ويلزم من ذلك أن البائع كأنه قد باع ملك نفسه، والمشتري كأنه اشترى ملك نفسه أيضًا، وذلك لأن البائع ملك – بأصل العقد - جميع الثمن وذلك في مقابلة جميع المبيع، فيكون ما زادَه على المبيع مقابلاً بملك نفسه لا بملك المشتري، فلا يصح، وإذا لم يصح أن تكون مبيعة لزم أن تكون هبة مبتدأة([1]).

٢. إن القول بلحوق الزيادة بأصل العقد على اعتبار أنها مبيعة، قول يلزم منه الربا لأنها تكون حينئذٍ زيادة خالية عن العوض في عقد معاوضة وهذا هو الربا، وذلك لأن المبيع يقابل بكل الثمن، وكذا الثمن يكون في مقابلة جميع المبيع فلو لحقت الزيادة بأصل العقد (على أنها مبيعة) كانت خالية حينئذٍ عن العوض فهذا هو وجه الربا في هذه الحالة([2]).

٣. إن القول بأن التعديل اللاحق بالمبيع زيادة أو حطًّا يثبت بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، هذا القول يتضمن حكمين متنافيين، إذ القول بأن الزيادة الملحقة بأصل المبيع محل العقد، إذا قلنا بأنها مبيعة فيلزم من ذلك فسخ العقد الأول وتجديد عقد جديد يتضمن تلك الزيادة، وذلك غير جائز، لأن الشيء الواحد لا يجوز أن يوجب حكمين متنافيين، وهذان الحكمان المتنافيان في مسألتنا، هما فسخ العقد الأول (الخالي عن الزيادة)، واستئناف العقد الثاني (المتضمن للزيادة)([3]).

المناقشة:

أولا: مناقشة أدلة الحنفية والمالكية:

١. إن استدلال الحنفية بالآية مبناه على القياس، أي قياس التعديل في المبيع على التعديل في المهر ولما كان الأخير جائزًا – على قولهم – كان التعديل في المبيع أيضًا كذلك، وهذا القياس يستلزم أن يكون الأصل " المقيس عليه " وهو التعديل في المهر ، يستلزم أن يكون ثابتًا، إلا أنه ليس كذلك بل هو محل خلاف كما سنرى، وإذ الأمر كذلك لم يصح القياس، وإذا صح من وجهة نظرهم فإنه لا يصح من وجهة نظر المخالف.

٢. أما حديث " زن وأرجح " فيمكن أن يُرد عليه بأنه محمولٌ على الهبة المبتدأة، وهو ما عهد من خلق النبي صلّى ا عليه وسلّم، وليس في النص ما يدل على أن هذا وقع موقع الثمن.

---

[1] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٨/٥)

[2] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٨/٥)

[3] الماوردي – الحاوي الكبير – (٣٤٢/٦)

٣. وأما حديث " المسلمون على شروطهم" فهو ليس حُجّة لما قالوا، بل غاية ما فيه، أن المسلم إذا شرط على نفسه شرطا وجب عليه الوفاء به، وأين هذا مما نحن بصدده، فكون البائع قد زاد في المبيع، وكونه ملزَمًا بالوفاء بذلك لا يعني بحال من الأحوال أن ذلك وقع على صفة البيع، ثم إنّ القول بأن البائع قد قصدها مبيعة بحاجة إلى دليل آخر غير إحداثها أو إنشائها، لان ذلك كما أنه يحتمل أنه قصدها مبيعةً فإنه يحتمل أيضًا أنه قصدها هبة أو صدقة أو محض تبرع.

ثانيًا: مناقشة أدلة زفر والشافعية والحنابلة:

إن قولهم بأن القول بلحوق التعديل (زيادة أو حط) بأصل العقد (بأثر رجعي) يوجب مقابلة الزيادة بملك نفسه بالنسبة للبائع يكون صحيحًا لو التحقت بالعقد الأول مع عدم تغييره، إلا أن الأمر غير ذلك، فلحوق الزيادة أو الحطّ بأصل العقد يلزم منه تغيير ذلك العقد من الحال التي كان عليها قبل التعديل إلى الحال الجديدة التي أصبح العقد عليها بعد التعديل، وقد عهد في الشرع أن يجعل تغيير العقد وتعديله من صفة إلى صفة في سلطة العاقدين، كما لو كان العقد جائزًا بأن كان مقترنًا بخيار الشرط، فأجاز لهما تحويله إلى لازم بإسقاط الخيار من قبل من له ذلك. وغاية ما يحدثُ في تعديل العقد هو هذا، أي تحويله من وصفٍ إلى وصف، فلا يردُ عليه ما ذكروه([1]).

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها يظهر لي أن الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، من أن تعديل المبيع في عقد البيع يثبت بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، ذلكم أن غاية ما في ذلك هو تحويل العقد من صفة إلى صفة، وقد ثبت أن الشرع قد أعطى هذه الصلاحية لأحد المتعاقدين ما دام أن ذلك يتم بقبول الطرف الآخر، والقرائن المحتفة بهذا التعديل وهي كونه قد وقع في محل العقد وعقب انعقاده، تجعل القول بلحوق هذا التعديل بأصل العقد أولى من القول باعتباره هبة مبتدأة، وا   تعالى أعلم.

ثمرة الخلاف:

ينبني على الخلاف في حكم تعديل المبيع خلافٌ في جملة من المسائل وهذه المسائل هي:

أولا: في حال تلف الزيادة الملحقة بأصل المبيع قبل القبض، فإنه على القول بثبوت هذه الزيادة بأثر رجعي فإنه يسقط حصتها من الثمن، ذلكم أن القول برجعية هذه الزيادة يعني وكأن العقد قد ورد عليها، فإذا هلكت قبل القبض سقط ما يقابلها من الثمن([2])، فلو باع ثمانية أذرع

---

[1] انظر: ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢١/٦)

[2] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤٤٤/٤)

قماش بعشرة دنانير ثم زاد البائع المشتري ذراعين، يصبح المشتري بمقتضى القول برجعية التعديل، يصبح وكأنه اشترى عشرة أذرع بعشرة دنانير، فلو هلك الذراعان الزيادة قبل القبض سقط ما يقابلهما من الثمن وهو ديناران، وأما على القول بعدم رجعية التعديل فلا يسقط مقابلهما شيء من الثمن.

ثانيًا: الشفعة، إن القول بثبوت التعديل في المبيع بأثر رجعي يقتضي أخذ الزيادة بالشفعة فيما لو كان المبيع عقارًا ثبت في أصله الشفعة، وذلك كما لو باع ألف متر من الأرض بألف دينار، ثم زاد البائع المشتري مائة متر أخرى، فتملك ثالث الأرض المبيعة بالشفعة، فإن الشفيع يملك الأرض جميعها الألف والمائة بألف دينار فقط. فتثبت الشفعة في الأصل والزيادة معًا، لأن ثبوت هذه الزيادة بأثر رجعي يعني وكأن البيع وقع ابتداءً على الألف والمائة([1]).

هذا ولا يتصوّر هنا إجراء الصورة الأخرى من التعديل وهي الحطّ، إذ كما سبق بيانه لا يصح أن يَرِدَ الحطّ على الأعيان، لأنه في حقيقته إسقاط، والأعيان لا تقبله، وأما على القول بعدم ثبوت التعديل بأثر رجعي فلا يملك الشفيع إلا الأصل.

ثالثا: الرد بالعيب، من المعلوم أنه لو ظهر عيبٌ قديم في المبيع قبل القبض فللمشتري ردّه أو قبول جميع المبيع المعيب بجميع الثمن. وأما إذا كان ذلك بعد القبض فله ردّه بحصته من الثمن، إذا لم يكن في التفريق ضرر، فإن كان في تفريق المبيع ضرر على البائع فله حينئذٍ ردّه جميعه. وهذا الحكم ينسحب على الزيادة التي لحقت بأصل المبيع([2])، وذلك على القول بثبوتها بأثر رجعي، لأنها تأخذ حينها حكم الأصل الذي سبق بيانه.

وأما على القول بعدم رجعية هذه الزيادة، فيلزم منه أن لا تأخذ الزيادة شيئًا من هذه الأحكام، كونها هبة مبتدأة، يجري عليها سائر أحكام الهبة، من حيث عدم اللزوم إلا بالقبض.

رابعًا: فساد البيع، إن القول بثبوت تعديل المبيع بالزيادة في المحل بأثر رجعي يلزم منه فساد العقد إذا كانت تلك الزيادة في الأموال الربوية وقد قبلها المشتري. وهذا على قول أبي حنيفة رحمه ا ، وذهب أبو يوسف إلى القول ببطلان التعديل وعدم لحوقه بأصل العقد، سواء كان التعديل حطًا أم زيادة، فتبطل الزيادة ويبطل الحط، ويبقى العقد صحيحًا على أصل المبيع، لأن القول بأن الزيادة والحط يلحقان بأصل العقد، يلزم منه فساده فوجب إبطال المفسد، وهو الزيادة والحط، واستصحاب صحة العقد([3])، في حين ذهب محمد بن الحسن إلى القول بعدم

---

[1] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٤/١،٢٤٥)

[2] ابن عابدين - حاشية رد المحتار – (١٥٧/٥)، علي حيدر- درر الحكام – (٢٤٥/١)

[3] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥)

صحة الزيادة، لما ذكره أبو يوسف، وصحة الحطّ لكن لا على وجه البيع بل على وجه الهبة تصحيحًا للتصرف ما أمكن[1].

الفرع الثاني

الأثر الرجعي لتعديل الثمن

ويقصد بتعديل الثمن زيادة الثمن المسمى في العقد من قبل المشتري أو الإنقاص منه من قبل البائع، أو تأجيله بعد أن كان حالاً، وذلك بعد تمام العقد ولزومه.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التعديل على قولين:

القول الأول: يصح تعديل الثمن بزيادته أو الحط منه أو تأجيله، ويثبت هذا التعديل بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، وسواء حدث هذا التعديل قبل لزوم العقد أم بعده وكذا قبل القبض أو بعده.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية[2] والمالكية[3]

الأدلة:

أولاً: الأدلة على جواز تعديل الثمن بالزيادة والحط، ولحوق هذا التعديل بأصل العقد:

استدل جمهور الحنفية والمالكية على ثبوت تعديل الثمن بالزيادة أو الحط منه بأثر رجعي ولحوقه بأصل العقد، بالأدلة السابقة التي استدلوا بها على جواز تعديل المبيع، إضافة إلى الأدلة الأخرى الآتية:

١. إن تعديل العقد بزيادة الثمن أو الحط منه، هو تغيير لوصف العقد، وهو جائز قياسًا على تغيير وصف العقد من الجواز إلى اللزوم، كما لو كان لأحدهما أو لهما خيار الشرط فأسقطه، فهذا تغيير لوصف العقد من الجواز إلى اللزوم وهو جائز باتفاق، فكذا تغيير وصف العقد بزيادة الثمن أو الحط منه[4].

٢. القياس على الإقالة: ذلكم أن غاية ما يفعله البائع والمشتري بالزيادة أو الحط من الثمن هو تغيير العقد من وصف إلى وصف، وإذا جاز لهما رفع العقد من أصله بالإقالة فتعديله بالزيادة أو الحط جائز من باب أولى، لأنه أخف[5].

---

[1] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٦١/٦)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار - (١٥٥/٥)

[2] ابن الهمام – شرح فتح القدير– (٥٢٣/٦)، البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٣/٦)

[3] الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (١٦٥/٣)

[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير- (٥٢١/٦).

[5] البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢١/٦)

٣. القياس على تأجيل الثمن: فلو كان الثمن حالاً فأجّله البائع بعد أن ثبت في ذمة المشتري صحّ التأجيل ولزم الأجل، فكذا التعديل بالزيادة أو الحط بجامع أن كلا منهما تغيير لوصف العقد([1]).

ولا شك أن هذا الدليل الأخير لا يتم الاستدلال به حتى يثبت صحة التأجيل وسترى أنه محل خلاف.

ثانيًا: الأدلة على جواز التعديل بالأجل ولحوقه بأصل العقد:

استدل الحنفية على جواز تأجيل الثمن بالأدلة الآتية:

١. إن الثمن حق البائع فله التصرف فيه بتأجيله([2]).

٢. أن التأجيل إبراء مؤقت من حيث المعنى، وإذا جاز الإبراء مطلقًا جاز مؤقتًا من باب أولى([3]).

٣. ولأن تأجيل الثمن من باب الرفق بالمدين (المشتري) وهو مندوب إليه بالكتاب والسنة([4]).

القول الثاني: إن تعديل الثمن يلحق بأصل العقد إذا حدث قبل لزومه، كأن يحدث في مدة الخيار، وأما إذا حدث بعد اللزوم فلا يلحق بأصل العقد فلا يكون له أثر رجعي وإنما يكون بمثابة هبة مبتدأة تلزم بالقبض، وكذا الحكم لو كان التعديل للأجل، فلا يلحق بأصل العقد لعدم صحته. وهذا ما ذهب إليه زفر من الحنفية([5])، والشافعية([6])، والحنابلة([7]).

الأدلة:

استدل هذا الفريق بالأدلة ذاتها التي استدلوا بها على عدم لحوق تعديل المبيع بأصل العقد، إضافة إلى الأدلة التالية:

١. القياس على حط جميع الثمن: فكما أن حط جميع الثمن عن المشتري وإن صحّ، فإنّه لا يلحق بأصل العقد، فكذا حط بعضه([8]).

٢. القياس على عدم لحوق الزيادة بأصل العقد في حق الشفيع، حيث إنّ الزيادة الحادثة في الثمن بعد لزوم العقد لا يسري حكمها في حق الشفيع ومن ثم فله أخذ العقار المبيع بالثمن

---

1 ابن الهمام – شرح فتح القدير– (٥٢١/٦)

2 البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٣/٦)

3 البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٣/٦)

4 العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٥٨/٨)

5 البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٠/٦)، الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٥٨/٥)

6 النووي – المجموع – (٦٠/١٢)، الأنصاري – أسنى المطالب – (٢٣٢/٤)، الروياني – بحر المذهب – (٢٨٣/٦)

7 ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع – (١٠٧،١٠٦/٤)، ابن قدامة – المغني – (٣٤٩/٥)

8 الماوردي – الحاوي الكبير – (٣٤٢/٦)

الذي وقع عليه العقد ابتداءً فكذا حكمها بالنسبة للمتعاقدين، وكذا حكم الحط من الثمن أيضًا([1]).

٣. واستدلوا على عدم جواز تأجيل الثمن بالقياس على تأجيل القرض، بجامع أن كلا منهما دين ثابت في الذمة، فكما لا يجوز تأجيل القرض بعد حلوله فكذا الثمن للجامع المذكور([2]).

مناقشة الأدلة:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية:

١. إن محور استدلال الحنفية يدور على قياس تعديل محل العقد على تغيير وصف العقد، ويمكن أن يُناقش هذا الاستدلال بأن ثمة خلافًا بين الأمرين، إذ التغيير الحاصل في وصف العقد هو تغيير في أمر خارج عن ذات العقد بخلاف التعديل الحاصل في محل العقد، إذ هو تغيير في صلب العقد ذاته، فافترقا.

٢. إن قياسهم جواز تعديل الثمن بالزيادة والحط، على تعديله بالتأجيل لا يلزم الخصم لعدم تسليم الخصم بمحل القياس، إذ الخصم لا يرون جواز التعديل بالتأجيل أصلاً([3]).

ثانيًا: مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة:

١. ناقش الحنفية قياس الشافعية تعديل الثمن على حط جميع الثمن، بأن هذا قياس مع الفارق، إذ إن حط جميع الثمن هو تعديل لأصلٌ العقد، في حين أن تعديله بالحط والزيادة تعديلٌ لوصفه لا لأصله فافترقا، ووجه كون حط جميع الثمن هو تغيير لأصل العقد، أن العقد بعد زوال جميع الثمن إما أن يبقى بيعًا فاسدًا لعدم الثمن، والعاقدان لا يريدان ذلك، أو يصبح العقد عقد تبرع خالٍ من العوض، وهذا منافٍ لقصدهما في الاتجار بالمبيع، فلا يلحق حط جميع الثمن بأصل العقد لوجود المانع من ذلك وهو ما ذكر من تغيير لأصل العقد من غير إرادة العاقدين ذلك([4]).

٢. أما قياس الشافعية والحنابلة عدم لحوق التعديل بأصل العقد في حق العاقدين على عدم لحوقه بأصل العقد في حق الشفيع فهو قياس مع الفارق، إذ إن حق الشفيع ثابت قبل التعديل، والعاقدان لا يملكان إبطال هذا الحق لعدم ولايتهما على حق الغير، بخلاف حقهما، فلهما الولاية عليه بالزيادة عليه أو الإنقاص منه([5]).

---

[1] ابن قدامة – المغني – (٣٤٩/٥)

[2] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢٣/٦)

[3] انظر: حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب – (٢٣٢/٤)

[4] البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٠/٦،٥٢١)

[5] عليش – تقريرات عليش على الشرح الكبير – (١٦٥/٣): حيث نص على عدم وجوب بيان ما حطه في بيع المرابحة إذا كان الحط لجميع الثمن، وهو ما يشير إلى عدم لحوق هذا الحط بأصل العقد، إذ لو لحق بأصل العقد، للزم بيانه ومثله ما ذكره في باب الشفعة (٤٩٥/٣)

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفريقين ومناقشتها أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الحنفية والمالكية من أن تعديل الثمن بالزيادة عليه أو الحط منه، أو تأجيله بعد حلوله، يصح ويثبت بأثر رجعي، فيلحق بأصل العقد، وذلك أن هذا التعديل لا يتم إلا بقبول الطرف الآخر، ولا يمس حق الغير، وإذا كان الأمر كذلك فلا أرى وجهاً للقول بالمنع منه. وا تعالى أعلم.

شروط ثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي:

يشترط لثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي ولحوقه بأصل العقد، جملة من الشروط اتفقّ الحنفية والمالكية على واحد منها، وانفرد كل مذهب بشروط خاصة، وفيما يلي بيان هذه الشروط:

أولاً: ما اتفق عليه الحنفية والمالكية:

اتفق الحنفية([1])والمالكية([2]) على شرط واحد من جملة الشروط التي ذُكرت لثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي، وهذا الشرط هو أن لا يكون التعديل بحط جميع الثمن، فإن كان التعديل بحط البائع جميع الثمن عن المشتري صح الحط إلا أنه لا يثبت بأثر رجعي فلا يلحق بأصل العقد، ويُحمل على أنه هبة مبتدأة.

وقد سبق بيان وجه هذا الشرط وهو أن حط جميع الثمن يتضمن تغييرًا لأصل العقد، مما يلزم منه بقاء العقد خاليًا من العوض وهو الثمن، وهذا مفسد للعقد، أو انقلابه إلى عقد تبرع وهما لم يقصداه، فلم يصح أن يلحق بأصل العقد، وحمل على أنه هبة مبتدأة، إعمالاً لعبارة العاقد، واستصحابًا لصحة العقد([3]).

وبناء على ذلك لو أن الحط من الثمن وقع على مراحل، كان لجميعها أثر رجعي ما لم تكن المرحلة الأخيرة منه هي المرحلة الأخيرة من الثمن، فحينها تصح على وجه الهبة، دون أن يكون لها أثر رجعي، فلو كان الثمن خمسين دينارًا فحط البائع منها عشرين ثم عشرين ثم عشرة، صحت جميعها وحطت جميعها عن المشتري، إلا أن العشرة الأخيرة لا تلحق بأصل العقد، فيبقى المبيع وكأنه بيع بعشرة دنانير، فلو تصورنا ثبوت الشفعة فيه أي في المبيع، كان للشفيع أخذه بعشرة دنانير([4]).

ثانيًا: شروط الحنفية:

اشترط الحنفية لثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي ثلاثة شروط أخرى غير الذي ذكر وفيما يأتي بيان هذه الشروط:

---

[1] البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٥٢٠/٦، ٥٢١)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥)

[2] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٨/١)

[3] البابرتي – شرح العناية على الهداية – (/٦ ٥٢٠، ٥٢١)، ابن عابدين - حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥)

[4] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٨/١)

١. بقاء المبيع:

اشترط الحنفية - في ظاهر الرواية - بقاء المبيع لصحة تعديل الثمن بالزيادة، أما في حال تعديله بالحط فلا يشترطون ذلك([١])، وقد علل الحنفية هذا الشرط مع تفريقهم بين حالتي الزيادة والحط بقولهم: إن الحكم الذي يسري بأثر رجعي يجب أن يصح ثبوته في الحال ثم يمتد أثره إلى الماضي، وبهلاك المبيع لا تصادف الزيادة محلاًّ فلا تصح، بخلاف الحط منه أي من الثمن فيصح ولو بعد هلاك المبيع، لأن محله الذمة وهو ثابت فيها، فصادف الحط محلاًّ صالحًا لثبوته - وهو الذمة - فصحّ([٢]).

ولأن الحط إسقاط وهو لا يستلزم ثبوت ما يقابله، وهذا كما قلت هو المعتمد في المذهب([٣])، وأما في رواية الحسن عن أبي حنيفة فإن الزيادة على الثمن تصح ولو بعد هلاك المبيع، قياسًا على الحط منه([٤]).

وبناء على ظاهر الرواية فإن تعديل الثمن بالزيادة لا يصح بعد هلاك المبيع سواء كان هذا الهلاك حقيقيًا بأن يستهلك، أو حكميا كان يكون المبيع لحمًا فيطبخ، أو يخرج من ملك المشتري ثم يعود إليه، فإن ذلك يعد هلاكاً حكميا له، فلا يصح التعديل بالزيادة بعده([٥]).

٢. ألا يكون التعديل من قبل الوكيل إذا كان تعديلاً بالحط من الثمن:

فلو حط الوكيل من الثمن عن المشتري صح الحط وضمنه للموكل، ولا يثبت هذا التعديل بأثر رجعي، فلو أخذ المبيع بالشفعة أخذ بأصل الثمن قبل التعديل لا بعده([٦]).

٣. ألا يكون التعديل بالحط لوصف تابع:

فإن كان المحطوط من الثمن وصفًا لا أصلاً، لم يكن لهذا التعديل أثر رجعي([٧])، فلو أن عقارًا بيع مقابل سيارة حديثة، ثم أصيبت هذه السيارة بعيب قبل القبض فنزلت قيمتها إلى عشرة آلاف بعد أن كانت تساوي خمسة عشر ألفًا، ثم قبض بائع العقار هذه السيارة وقبلها على عيبها، فإن ذلك العقار يُعتبر مقابلاً للسيارة خالية من العيب، فلو أخذ العقارُ بالشفعة يُؤخذ بقيمة السيارة قبل العيب، وهي خمسة عشر ألفًا، وليس له أخذ العقار بقيمة السيارة وهي معيبة، لأن بائع العقار لمّا رضي بقبض السيارة وهي معيبة بعد أن كانت سليمة وقت العقد فإنه بذلك يكون قد

---

[1] انظر: ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢٢/٦)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار (١٥٤/٥)

[2] ابن الهمام – شرح فتح القدير - (٥٢٢/٦)

[3] العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٥٧/٨)، البابرتي – شرح العناية على الهداية (٥٢١/٦)

[4] العيني – البناية في شرح الهداية - (٢٥٧/٨)

[5] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢٢/٦)، علي حيدر – درر الحكام – (٢٤١/١)

[6] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٤/١)

[7] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤٤٥/٤)، علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٤/١)

حطٌّ من الثمن مقدار العيب وهو وصفٌ في ثمن السيارة، فلا يثبت ما حُط من أجله بأثر رجعي ولا يلحق بأصل العقد ، ومن ثم لا يستفيد منه الشفيع.

ثالثاً: شروط المالكية:

اشترط المالكية لثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي، إذا كان هذا التعديل حطا، شرطين وهما:([1])

الأول: أن يكون التنزيلُ أو الحط من الثمن مما يعتاد بين الناس.

الثاني: أن يكون الباقي من الثمن بعد الحط يشبه أن يكون ثمنًا لذلك المبيع.

ثمرة الخلاف:

يظهر أثر الخلاف حول ثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي، أو عدم ثبوته في جملة من المسائل، وفيما يأتي بيانها:

أولاً: التولية والمرابحة:

والتولية هي: أن يشتري الرجل سلعة بثمن معلوم ثم يولي رجلاً آخر تلك السلعة بالثمن الذي اشتراها به([2])، ولا يجوز أن يوليه إياها بأكثر مما اشتراها به، وبتعبير آخر، فإنّ التولية هي: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ولا نقصان.

وأما المرابحة فهي بيع السلعة بثمن سابق مع زيادة ربح([3]).

وتظهر فائدة الخلاف حول رجعية تعديل الثمن، في أنه على القول بثبوت التعديل بأثر رجعي ولحوقه بأصل العقد فإن المشتري يتولى ويرابح في الثمن بعد التعديل، أي في مجموع الأصل، والزيادة في حال تعديل الثمن بالزيادة، ويتولى ويرابح في باقي الثمن إن كان التعديل بالحطّ. فلو أنّ رجلاً اشترى سلعة بمائة دينار ثم حط عنه البائع عشرين دينارًا وأراد بيعها تولية فلا بدّ أن يبين ذلك للمشتري الجديد، وكذا لو أراد بيعها مرابحةً، وهذا ما يعني أن يبيعها بثمانين في حال التولية، وأن يضيف ربحًا معلومًا على الثمانين في حال بيعها مرابحةً فيبيّن للمشتري ما حط عنه البائع الأول من الثمن، وكذا لو كان التعديل بالزيادة بأن زاد المشتري في الثمن للبائع، ثم أراد أن يبيع ما اشتراه تولية أو مرابحة كان ذلك واقعًا على مجموع الأصل والزيادة([4]).

وأما إذا كان التعديل بالتأجيل، بأن كان الثمن حالاً ثم أجّله البائع، فيلزم أيضًا على القول برجعية هذا التعديل، بيانه في بيع المرابحة إذ الأجل له قسط من الثمن، فوجب بيانه([5]).

---

[1] انظر: الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (٤٥٩/٣) عليش - تقريرات عليش على حاشية الدسوقي – (٤٩٥/٣)، الأزهري – جواهر الإكليل – (٥٧/٢)

[2] انظر: محمود عبد الرحمن – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - (٤٩٩/١)

[3] انظر: محمود عبد الرحمن – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - (٢٥٣/٣)

[4] ابن عابدين – درر المحتار – (١٥٥/٥)، العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٥٦/٨) علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٣/١، ٢٤٤)، ا بن الهمام – شرح فتح القدير – (٥٢١/٦)

[5] الشيخ عليش – تقريرات عليش على الشرح الكبير – (١٦٥/٣)

وأما على القول بعدم ثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي فإنّ المشتري لا يلزم بيان ما حطّ عنه من الثمن، أو ما زاده هو فيه، فيما لو أراد البيع تولية أو مرابحة([1]).

قال الشيرازي:" ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع فإن اشترى بثمن ثم حطّ البائع عنه أو بعضه أو ألحق زيادةً، نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بأصل العقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ولا يخبر بالزيادة فيما زاد لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن "([2]).

ثانيًا: الاستحقاق:

وهو ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير([3])، فلو ظهر أن المبيع مستحق لثالث فعلى القول بثبوت تعديل الثمن بأثر رجعي فإن المشتري يرجع على البائع بما استقر عليه الثمن بعد التعديل، سواء كان التعديل زيادةً أم حطًا، وعليه لو أن رجلاً اشترى عقارًا بألف دينار ثم زاد البائع في الثمن مائة، كان ثمن العقار ألفا ومائة، فلو ظهر مستحقٌ لهذا العقار وأثبت ملكيته له، كان للمشتري أن يرجع على البائع بمجموع الأصل والزيادة وهو ألف ومائة، وكذا لو حط البائع عن المشتري مائة، ثم استُحق المبيع، رجع المشتري على البائع بتسعمائة فقط([4]).

وأما على القول بأن تعديل الثمن ليس له أثر رجعي ولا يلحق بأصل العقد، فإن المشتري يرجع في الحالتين على البائع بأصل الثمن دون الزيادة أو الحط، فيرجع في المثال السابق بألف دينار فقط.

ثالثًا: الرد بسبب مشروع:

فلو رد المشتري المبيع بسبب مشروع كرده بسبب عيب أو خيار شرط فعلى القول بأن لتعديل الثمن أثرًا رجعيًا، فإن المشتري يرجع على البائع بمجموع أصل الثمن والزيادة إن كان التعديل بالزيادة، ويرجع بما بقي من الثمن إن كان التعديل بالحط([5]).

وأما على القول بأنّ التعديل ليس له أثر رجعي فلا يرجع إلا بأصل الثمن دون ما لحقه من زيادة أو حط.

---

[1] انظر: ابن مفلح – المبدع في شرح المقنع – (١٠٦/٤) ابن قدامة – المغني – (٢٠٠/٤) الشيرازي – المهذب – (٣٨٢/١)

[2] الشيرازي – المهذب – (٣٨٢/١)

[3] الموسوعة الكويتية (٢١٩/٣)

[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥١٩/٦)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥)

[5] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٥/١) – حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥)

رابعًا: الشفعة:

وهنا يجب التمييز بين تعديل الثمن بالحطّ، وبين تعديله بالزيادة، فإن كان التعديل بالحط، فعلى القول بأن للتعديل أثرًا رجعيًا، فإن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بما بقي من الثمن بعد الحطّ([1])، فلو أن العقار بيع بألف دينار ثم حط البائع مائة دينار عن المشتري من الثمن، فللشفيع أخذ العقار بتسعمائة، وأما على القول بأن تعديل الثمن ليس له أثر رجعي فلا يلحق بأصل العقد، فإن الشفيع يأخذه في المثال السابق بألف دينار ولا يسري الحط في حقه فلا يستفيد منه.

وأما إن كان التعديل بزيادة الثمن، فاتفقت كلمة الجميع على أن هذا التعديل لا يسري بأثر رجعي في حق الشفيع([2])، وإن سرى في حق العاقدين([3])، وقد ذكر الحنفية تعليلاً لذلك: وهو أنّ حق الشفيع يثبت بمجرد العقد الأول، فيكون ما حدث لهذا العقد من تعديل قد حدث بعد ثبوت حق الشفيع، وبعد ثبوت حقه في أصل الثمن قبل زيادته، فلا يملك العاقدان إبطال حقّه، إذ ليس لهما ولاية على ذلك، فيبقى حقه ثابتًا ومتعلقًا بأصل الثمن، ولهذا لم يسر التعديل بالزيادة على الثمن في حقه([4]).

وأما بالنسبة للشافعية والحنابلة فإن هذا القول جارٍ على أصلهم في عدم لحوق التعديل بأصل العقد سواء كان بالزيادة أم الحطّ.

خامسًا: الحبس:

ويُقصد به حبس المبيع، فمن المسائل التي يظهر فيها أثر الخلاف حول رجعية تعديل الثمن مسألة حبس المبيع حتى يستوفي أصل الثمن وزيادته، فعلى القول بأن للتعديل أثرًا رجعيًا فللبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الزيادة ولا يسقط حقه في الحبس بقبضه لأصل الثمن فقط، بل له أن يبقى محتبسًا المبيع حتى يقبض الأصل والزيادة جميعًا([5]).

وأما على القول بأنّ تعديل الثمن ليس له أثر رجعي فمقتضى هذا القول أن البائع لا يملك حبس المبيع بعد قبضه لأصل الثمن لأنه – على هذا القول – يكون قد قبض جميع الثمن، وإذا قبض جميع الثمن سقط حقه في الحبس.

---

[1] العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٥٥/٦)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١٥٥/٥) الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (٤٩٥/٣)، الونشريسي – إيضاح المسالك (ص٦٩)

[2] العيني – البناية – (٢٥٦/٨)، الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – (٤٩٥/٣)، النووي – المجموع – (٦٠/١٢)، ابن قدامه المغني – (٣٤٩/٥)

[3] على مذهب الحنفية والمالكية.

[4] العيني – البناية في شرح الهداية - (٢٥٦/٨)

[5] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٥١٩/٦)، العيني - البناية – (٢٥٤/٨)

سادسًا: فساد العقد:

وهذا متصور فيما لو كان البيع صرفًا، فزاد أحدهما الآخر، أو حط عنه، وقبل الآخر وقبض الزائد في الزيادة، أو المردود في الحط، فسد العقد على القول بأنّ للتعديل في الثمن أثرًا رجعيًا([1])، مع مراعاة الخلاف الواقع بين الحنفية، والذي سبق الإشارة إليه في تعديل المبيع.

وكذا يفسد العقد فيما لو زاد في الثمن ما لا يجوز الشراءُ به.

وأما على القول بأن تعديل الثمن ليس له أثر رجعي، فمقتضى هذا أن لا يفسد العقد لكون ما حدث بعد لزومه لا يلحق به فلا يؤثر فيه.

سابعًا: هلاك المبيع:

فلو هلك المبيع قبل القبض انفسخ العقد ورجع المشتري على البائع، فإن كان قد زاد المشتري في الثمن، فعلى القول بأن لذلك أثرًا رجعيًا، فإن المشتري يرجع بمجموع الأصل والزيادة([2])، ومقتضى مذهب القائلين بعدم رجعية التعديل أن المشتري لا يرجع على البائع إلا بأصل الثمن دون الزيادة، لعدم لحوقها بأصل العقد. وكذا القول في الحط من الثمن، فعلى القول برجعيته، فإنّ المشتري يرجع على البائع بما بقي من الثمن بعد الحط، وعلى القول الآخر يرجع بأصل الثمن قبل الحط.

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – (٤/٤٤٣)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار (١٥٥/٥)

[2] علي حيدر – درر الحكام – (٢٤٦/١)

موقف القانون المدني الأردني من تعديل محل عقد البيع:

أجاز القانون المدني الأردني لكل من البائع والمشتري الاتفاق على تعديل الثمن في عقد البيع، بعد تمامه ولزومه، كما نص على أن هذا التعديل يسري بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٤٨٢) منه أن " زيادة المشتري في الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد إذا قبلها البائع، ويصبح الثمن المسمى مع الزيادة مقابلاً للمبيع كله ".

ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أن " ما حطه البائع من الثمن المسمى بعد العقد يلحق بأصل العقد إذا قبله المشتري، ويصبح الباقي بعد ذلك هو الثمن المسمى ".

ويلاحظ على موقف القانون من قضية تعديل محل العقد في عقد البيع أمور أجملها فيما يأتي:

أولاً: إن القانون قد أخذ بمذهب الحنفية والمالكية وهو جواز تعديل محل العقد، وسريان هذا التعديل بأثر رجعي.

ثانيًا: انفرد القانون عن مذهب الحنفية والمالكية بالنص على ضرورة القبول من المشتري في حال الحط من الثمن، لثبوت هذا الحط بأثر رجعي وهو الأمر الذي لم يشترطه الفقهاء، ذلكم أن الحط إسقاط والإسقاط لا يتوقف على القبول وإن كان يرتد بالرد.

إلا أن القانون قد لحظ أن الحط وإن كان إسقاطًا إلا أنه إسقاطٌ فيه معنى التمليك ولذا توقف على القبول، وهو اتجاه حسن حتى لا يبقى الأمر معلقًا في حال عدم الرد.

ثالثاً: أغفل القانون النص على تعديل المبيع، واكتفى بالنص على تعديل الثمن، كما أغفل النص على مسألة تعديل أجل الثمن، وهو ما يقتضي الرجوع إلى ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية في هذه المسائل، استنادًا إلى الفقرة الأولى من المادة (١٤٤٨ القانون المدني) والتي تنصّ على أنّه " يُلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلّة الأحكام العدلية "، وهذا يعني أن ما لا يتعارض مع القانون المدني من أحكام المجلّة يبقى معمولاً به، وينبغي الرجوع إليه([1])

وقد نصت المجلّة على جواز تعديل المبيع بالزيادة، ولحوق هذه الزيادة بأصل العقد، فجاء في المادة (٢٥٧) منها:" زيادة البائع في المبيع، والمشتري في الثمن، وتنزيل البائع من الثمن، بعد العقد تلحق بأصل العقد، يعني يصير كأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحطّ "، وأما بالنسبة لتعديل أجل الثمن، فالذي نصّت عليه شروح المجلّة هو الجواز([2])، وهذا يقتضي أن يكون ذلك هو نفسه موقف القانون المدني الأردني استنادًا إلى نصّ الفقرة الأولى من المادة (١٤٤٨).

---

[1] انظر: المذكرات الإيضاحية – (٨١٣/٢)

[2] انظر: علي حيدر – درر الحكام – (٢٢٧/١)

المطلب الثاني
الأثر الرجعي لتعديل المحل في عقد الرهن

تمهيد:

الرهن لغة: الثبوت والدوام، والاحتباس، يقال: رهن الشيء يرهن رهونًا أي: ثبت ودام، ورهنه المتاع: أي حبسه([1]).

الرهن اصطلاحًا: جعل عين مالٍ وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه([2]). وهو مشروع بقوله تعالى: " فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ {٢٨٣}"([3])، وبفعله صلّى ا عليه وسلّم، وقد أجمع المسلمون على مشروعيته([4]).

صورة المسألة:

قد يرغب الطرفان في عقد الرهن بتعديله وذلك بعد تمامه، وتعديل هذا العقد يكون بواحد من أمرين:

الأول: أن يقدّم الراهن عينًا أخرى إلى المرتهن، كرهن تضم إلى الرهن الأول، ليصبح العينان رهنًا بالدين نفسه.

الثاني: أن يستدين الراهن دينًا جديدًا على أن يكون الرهن نفسه رهنًا بالدينين معًا.

فإذا ما حدث ذلك فما هو حكم هذا التعديل؟، وهل يلحق بأصل العقد فيكون بذلك له أثر رجعي، أم لا يصح هذا التعديل؟، تلكم هي صورة المسألة وسأبين فيما يأتي مذاهب الفقهاء، وذلك في فرعين:

الأول: في حكم تعديل الرهن (المرهون).

الثاني: في حكم تعديل الدين (المرهون به).

---

[1] ابن بطال الركبي – النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، مطبوع بهامش المهذب – (٤٠٣/١)، الفيومي – المصباح المنير – (٣٣٠/١)

[2] الشربيني – مغني المحتاج – (١٢١/٢)

[3] سورة البقرة

[4] انظر: الشربيني – مغني المحتاج – (١٢١/٢)، ابن قدامة – المغني – (٣٦١/٤)

الفرع الأول

الأثر الرجعي لتعديل الرهن

اختلف الفقهاء في حكم تعديل الرهن على قولين:

القول الأول: يجوز تعديل الرهن بزيادته وضم رهن آخر له، ويثبت هذا التعديل بأثر رجعي، ويلحق بأصل العقد ويصبح الرهنان رهنًا بالدين نفسه.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية([1])، والمالكية([٢])، والشافعية([٣]) والحنابلة([٤]).

الأدلة:

استدل جمهور الفقهاء على أن زيادة الرهن تلحق بأصل العقد، بأن الرهن يقصد منه التوثق للدين بحبس العين لدى الدائن، وبزيادة الرهن يزداد هذا التوثق، فكان ذلك جائزًا إذ لا مانع يمنع منه([٥]).

القول الثاني: إن تعديل الرهن بزيادته لا يصحّ، ومعنى عدم الصحة أن الزيادة لا تلحق بأصل العقد، فلا تكون رهنًا، بل يبقى الرهن هو الأصل الذي وقع عليه العقد في مقابل جميع الدين.

وهذا ما ذهب إليه زفر من الحنفية([٦]).

الأدلة:

استدل زفر على مذهبه هذا بقوله إنّ الزيادة على الرهن توجب الشيوع في الدين، لأنه لا بدّ أن يكون لكل رهن من الرّهنْين حصة من الدين، فيخرج الأصل المرهون من الدين بقدره من أن يكون رهنًا أو مضمونًا، وهذا شيوع مفسد للرهن([٧]).

المناقشة والترجيح:

ردّ الجمهور على استدلال زفر (بأن الزيادة في الرهن توجب شيوعًا في الدين) وإن كان ذلك صحيحًا، إلا أنه الشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن لأن غاية ما في الأمر أن الزيادة في

---

1 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٢/٧)، قاضي زادة – نتائج الأفكار – (١٩٩/١٠)

2 الحطاب – مواهب الجليل – (٦/٥)

3 النووي – روضة الطالبين – (٢٩٩/٣)، الشربيني – (١٢٧/٢)

4 الرحيباني – مطالب أولي النهى – (٢٤٩/٣)

5 الشربيني – مغنى المحتاج – (١٢٧/٢)، الرحيباني – مطالب أولي النهى – (٢٤٩/٣)

6 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٢/٧)، الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير – (١٩٩/١٠)

7 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٢/٧)

الرهن توجب تحول بعض الدين إلى الرهن الثاني (الزيادة)، فينقسم الدين عليهما بحسب قيمة كل منهما، وليس هناك ما يمنع من ذلك([1]).

الترجيح:

أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح، فيصحّ أن يُعدّل الرهن بزيادته، وتلحق هذه الزيادة بأصل العقد " بأثر رجعي" ، فيكون الرهنان بمثابة الرهن الواحد في مقابلة الدين المرهون به، إذ لا مانع شرعًا ولا عقلاً يمنع من ذلك، وما ذكره زفر فقد سبق الرد عليه.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف بين القول بثبوت الزيادة على الرهن بأثر رجعي، وبين القول بعدم ثبوتها رهنًا في مسألتين:

الأولى: حال هلاك الرهن:

فلو أن شخصاً رهن عينًا مقابل دَين قدره ألف دينار، ثم بعد ذلك أضاف إلى الرهن عينًا أخرى زيادة على الرهن الأول، تعادل قيمتها قيمة العين الأولى، ثم هلكت الزيادة (أي: العين الثانية) فعلى القول بثبوت زيادة الرهن بأثر رجعي ولحوقها بأصل العقد، فإنه يسقط مقابلها نصف الدين، لأنه لمّا التحقت بأصل العقد أصبح الدين جميعه مقابلاً بالعينين معًا، فبسقوط إحداهما يسقط ما يقابلها من الدين، وهو النصف، كون العينين متساويتين في القيمة([2]).

وأما على مذهب زفر من أن الزيادة في الرهن ليس لها أثر رجعي فلا تلحق بأصل العقد، فإنه لا يسقط مقابل هلاك العين الثانية (الزيادة) شيءٌ من الدين ، وفي حال هلاك العين الأولى يسقط الدين كله إن كانت قيمتها مساوية للدين أو أكثر، ولا يسقط مقابل الثانية شيءٌ لأن الأولى هي الرهن فلم يتعلّق بها حقّ، فإن هلكت هلكت أمانة.

وهذه الثمرة تظهر على أصل الحنفية القاضي بضمان الرّهن بالأقل من قيمته أو الدين([3])، وأما الشافعية والحنابلة فإنهم يوافقون زفر في القول بعدم سقوط شيء من الدين، لا لعدم لحوق الزيادة بأصل الرهن، وإنما لأصلهم في عدم ضمان الرهن ابتداءً([4])، فهم وإن اتفقوا مخرجًا فهم مختلفون مدخلاً.

وأما المالكية فهم يفرّقون بين ما يمكن إخفاؤه من الأعيان فقالوا إنّ الأصل فيه الضمان حتى يقيم المرتهن البينة على عدم التفريط، فحيثما قيل بالضمان لزم سقوط ما يقابله من الدين سواء

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٢/٧)

[2] علي حيدر – درر الحكام – (١١٦/٢)

[3] عبد ا بن محمود الموصلي – الاختيار لتعليل المختار – (٦٥/٢).

[4] الشربيني – مغني المحتاج – (١٢١/٢)، ابن قدامة – المغني – (٤٣٨/٤)

في ذلك أصل الرهن (العين الأولى) أم العين الثانية، للحوقها بأصل العقد عندهم، وثبوت حكم الرهن فيها([1]).

وحيث قيل بعدم الضمان فلا يسقط شيء من الدين بسبب الهلاك، وسواء في ذلك أيضًا، هلاك العين الأولى أم هلاك الثانية لاستوائهما في الحكم.

الثانية: حق احتباس الزيادة:

فلو أن الراهن قد أدى نصف الدين فإنه على القول برجعية الزيادة في الرهن، لا يلزم المرتهن إعادة نصف الرهن (الأصل)، ولا يلزمه أيضًا إعادة النصف الآخر أي الزيادة حتى يستردّ كامل الدين([2])، وأما على قول زفر فلا يحق للمرتهن إمساك الزيادة أصلاً، فإن طلبها الراهن بعد تسليمها وجب ردّها إليه، لأنها في حكم الأمانة، حيث لم تلتحق بأصل العقد ولم يثبت فيها حكم الرّهن فليس له احتباسها.

---

[1] ابن رشد – بداية المجتهد – (٥٩/٤)

[2] علي حيدر – درر الحكام – (١١٦/٢)

الفرع الثاني

الأثر الرجعي لتعديل المرهون به

اختلاف الفقهاء في حكم تعديل الدين، وذلك بضم دين آخر جديد، على أن يكون الدينان في مقابلة الرهن نفسه فيكون الرهن رهنًا بالدينين معًا (أصل الدين وزيادته) وذلك على قولين:

القول الأول: إن تعديل الدين بضم دين آخر له على أن يكون الرهن رهنًا بالدينين معًا لا يصح وليس معنى عدم الصحة عدم جواز الاستدانة بدين جديد، فهذا خارج عن محل النزاع، وإنما المقصود بذلك عدم صحة الزيادة على الدين الأول، بحيث لا تُلحق هذه الزيادة بأصل العقد الأول من حيث مقابلتها بالرهن، ومن ثم لا يكون لها أثر رجعي، وإنما تصبح دَيْنًا جديدًا بلا رهن.

وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن(١)، والشافعية في الأظهر(٢) والحنابلة(٣).

الأدلة: استدل هذا الفريق على أن الزيادة لا تلحق بأصل العقد بالأدلة التالية:

١. إن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن، حيث يصبح بعض الرهن مضمونًا بالزيادة، وبعضه مضمونًا بالدين الأول، وهذا البعض مشاع فلا يصحّ(٤).
٢. الالتحاق بأصل العقد غير ممكن بالنسبة للدين، لأنه غير معقود عليه ولا معقودًا به، ومحلّ الزيادة التي تُلحق بأصل العقد هو المعقود عليه كالمبيع، أو المعقود به كالثمن، إذ الزيادة تختص بالبدلين لا في غيرهما(٥).
٣. إن الرهن مشغول بالدين الأول، فلا يصح إشغاله بدين جديد، لأن المشغول لا يُشغل(٦).
٤. الأصل عدم جواز تقدّم الرهن على الحق، فلو قيل بجواز زيادة الدّين على أن يكون الرهن الأول مرهونًا بهما لَلَزِمَ من ذلك أن يكون الرهن متقدّمًا على الحقّ وهو غير جائز(٧).
٥. القياس على البيع، فكما لا يجوز أن يباع الشيء الواحد مرتين بالعقد نفسه، فكذلك لا يجوز رهن الشيء نفسه مرتين بالعقد نفسه(٨).

---

1 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٣/٧)، الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير (١٩٩/١٠)

2 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)، الشربيني – مغني المحتاج (١٢٨/٢)

3 الرحيباني – مطالب أولي النهي – (٢٤٩/٣)

4 البابرتي – العناية – (١٩٩/١٠)، ويستقيم هذا الاستدلال على أصل الحنفية القاضي بضمان الرهن، ولا يستقيم على أصل الشافعية والحنابلة.

5 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٣/٧)

6 الرحيباني – مطالب أولي النهي – (٢٤٩/٣)

7 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)

8 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)

٦. لو جاز أن يكون الشيء الواحد رهنًا عن دينين منفصلين وحقين مختلفين، لجاز أن يكون الشيء نفسه رهنًا عند شخصين مختلفين، وهو غير جائز فظهر أنه لا يجوز أن يكون رهنًا عن دينين مختلفين([1]).

القول الثاني: إن زيادة الدين جائزة وتثبت بأثر رجعي، فتلحق بأصل العقد فيصبح الدينان " الأول والزيادة " متعلقين بالرهن نفسه.

وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية([2])، وهو اختيار مجلة الأحكام العدلية([3]) والمالكية([4]) والشافعية في القديم([5]).

الأدلة: استدل هذا الفريق على لحوق الزيادة على الدين بأصل العقد بأثر رجعي بالأدلة الآتية:

١. عموم قوله تعالى:" فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ {٢٨٣}"([6]) إذ النص عام، ولم يقصر على أن يكون الرهن مقابلاً بدين بحيث لا يجوز زيادته، فالزيادة مقابل الرهن المقبوض داخلةٌ في عموم النص([7]).

٢. القياس على الكفالة والشهادة: بجامع أن كلاً منهما شرع للتوثق، وكما جاز للإنسان أن يكون كفيلاً بأكثر من حق في آن واحد، جاز أن يكون الشيء رهنًا بأكثر من حق في آن واحد، فلو أن إنسانًا كفل آخر بألف دينار، أصبحت ذمته مشغولة بطريق الكفالة بهذه الألف، فلو كفل له ألفًا أخرى فتصبح حينها ذمته مشغولة بالألفين معًا، فكذا الرهن([8]).

٣. القياس على زيادة الرهن: إذ يثبت حق الاحتباس في الرهن في مقابلة الدين، فلما جاز أن يزاد في مقابلة الدين الواحد رهنًا بعد رهن، جازَ أن يزاد في مقابلة الرهن الواحد دينًا بعد دين([9]).

٤. القياس على البيع: فالرهن في الدين كالثمن في البيع، والدين كالمثمن، ولما كانت الزيادة في الثمن والمثمن جائزة جازت أيضًا في الدين والرهن([10]).

---

1 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)

2 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٠٢/٧)، الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير – (١٩٩/١٠)

3 علي حيدر – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – (١١٨/٢)

4 المواق – التاج والإكليل لمختصر خليل – (٦/٥)، الحطاب – مواهب الجليل (٦/٥) القرافي – الذخيرة – (٩٦/٨)

5 الماوردي – الحاوي الكبير – (٩٦/٧)

6 سورة البقرة

7 القرافي – الذخيرة- (٩٦/٨)

8 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)، القرافي – الذخيرة – (٩٦/٨)

9 الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)، علي حيدر- درر الحكام – (١١٨/٢)

10 علي حيدر – درر الحكام – (١١٨/٢)

المناقشة:

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول:

أجاب القرافي على استدلال الفريق الأول (بأنّ الرهن مشغول فلا يشغل)، أجاب على ذلك بقوله إن ذلك منقوض بالعبد المرهون إذا جنى أكثر من مرّة فإنه يصير مشغولاً بالجناية الثانية بعد أن كان مشغولاً بالجناية الأولى، فكذا سائر الأعيان لا يمنع انشغالها بدين أن تنشغل بدين آخر([1]).

ثانيًا: مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش استدلال الفريق الثاني (بالقياس على الكفالة) بأنه قياس مع الفارق، إذ الكفالة تجوز أن تكون عن شخصين مختلفين فجاز أن تكون عن حقين مختلفين بخلاف الرهن، إذ لا يجوز أن يكون عند شخصين مختلفين فلم يجز أن يكون رهنًا عن حقين مختلفين([2]).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، يظهر لي أن القول بجواز زيادة الدين ولحوق هذه الزيادة بأصل العقد بأثر رجعي هو الراجح. بحيث يصبح الدّينان الأول والثاني (الزيادة) مُقابَلَيْن بالرهن نفسه، ولا أرى أن هناك ما يمنع من ذلك بل حاجة الناس قد تدعو إلى ذلك، وهو ما جعل مجلة الأحكام تأخذ بهذا الرأي، مخالفة في ذلك الرأي المعتمد في المذهب، ثم إنّ القول بجواز زيادة الدين ولحوقها بأثر رجعي بأصل العقد، يعني في مجمله تنازل المرتهن عن شيء من حقّه في توثيق دينه، إذ ربما لم يوف الرهن لو بيع عند العجز عن السداد بقيمة الدين، وفي هذه الحالة يكون المرتهن قد تنازل عن توثـقة بعض دينه فجاز له ذلك، كما لو جاز له أن لا يأخذ رهنًا ابتداءً، فإذا جاز له ترك توثيق حقه كاملاً بأن لا يأخذ رهنًا، جاز له أن يترك توثيق بعضه.

وليس في ترتيب أكثر من حق على العين الواحدة ما يخالف نصا، ولا يترتب على ذلك نزاعٌ ما دامت العين للشخص نفسه والحقان المترتبان عليهما لشخص واحد، أيضًا فما قد يثور من نزاع حول تعدد الحقوق أو تزاحمها منتفٍ في هذه الحالة.

ثم إن حاجة الناس قد تدعو إلى ذلك كما أشرت سابقًا، فكثيرًا ما يلجأ المرء إلى الاستدانة ثم يرهن عينًا ربما تفوق في قيمتها مقدار الدين ، فما المانع من أن يُيَسّر على الناس فيقال بجواز الاستدانة مرة أخرى، على أن تكون العين نفسها رهنًا بالدينين معًا، لا سيما إذا كانت مساوية في القيمة قدر الدينين معًا..؟؟ .

---

[1] القرافي – الذخيرة – (٩٧/٨)

[2] الماوردي – الحاوي الكبير – (١٨٦/٧)

موقف القانون من تعديل المحل في عقد الرهن:

نظم القانون المدني الأردني أحكام الرهن بقسميه التأميني والحيازي في المواد (١٣٢٢-١٤٢٣)، ولم ينص في أيّ من هذه المواد على حكم تعديل محل العقد إلاّ ما يفهم من نصّ المادة (١٣٣٠) من جواز تعديل المرهون، حيث جاء في نص المادة المذكورة أنّ الرهن التأميني يشمل ملحقات العقار المرهون من أبنية وغراس وعقارات بالتخصيص وكلّ ما يستحدث عليه من إنشاءات بعد العقد.

فتفيد هذه المادة أن ما ألحق بالعقار محل عقد الرهن التأميني يأخذ حكم الرهن ويصبح العقار بوصفه الجديد (الأصل مع ما زيد عليه) رهنًا في مقابل الدين ذاته، وبغض النظر عن القصد من هذه الزيادة التي لحقت بهذا العقار فتفيد المادة بإطلاقها جواز تعديل المرهون في عقد الرهن التأميني، وأما ما يتعلق بتعديل الرهن الحيازي، أو ما يتعلق بتعديل المرهون به – وهو الدّين -، فلم أجد في نصوص القانون ما يفيد جوازه أو ينفيه، مما يلزم من ذلك الرجوع إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية استنادًا إلى نص المادة (١٤٤٨)، وبالرجوع إلى المجلة في ذلك تجد أنّها أجازت تعديل الرهن الحيازي بضم رهن آخر له بحيث يصبح الأصل وما زيد عليه رهنًا بالدين نفسه، استنادًا إلى نص المادة (٧١٣) منها.

كما أجازت المادة (٧١٤) من المجلة زيادة الدين بعد العقد، بحيث يصبح المال المرهون مرهونًا في مقابلة الدينين، فيكون موقف القانون استنادًا إلى ما سبق إجازة تعديل محل العقد في الرهن سواء كان التعديل للمرهون، أم للدّين.

المطلب الثالث

الأثر الرجعي لتعديل المهر في عقد النكاح

قد يلجأ الزوج لسبب ما إلى زيادة المهر المسمى في عقد النكاح، وكذا قد تلجأ الزوجة إلى الحط من المهر المسمى في العقد، عن الزوج، وهذا التعديل للمهر سواء بالزيادة من قبل الزوج أو بالحط من قبل الزوجة هو المقصود بتعديل المهر في عقد النكاح، فإذا ما حدث هذا التعديل فهل يلحق بأثر رجعي بأصل العقد، أم لا يلحق بل يأخذ حكم الهبة؟ هذا هو محل البحث، وقد أفردت له فرعين:

الأول: في الأثر الرجعي لتعديل المهر بالزيادة.

الثاني: في الأثر الرجعي لتعديل المهر بالحط.

الفرع الأول

الأثر الرجعي لتعديل المهر بالزيادة

اختلف الفقهاء في حكم تعديل المهر بزيادته من قبل الزوج، من حيث ثبوت هذا التعديل بأثر رجعي فيلحق بأصل العقد، أو عدم ثبوته بأثر رجعي ومن ثم لا يلحق بأصل العقد، وذلك على قولين:

القول الأول: إن تعديل المهر بالزيادة عليه بعد العقد يثبت بأثر رجعي فتلحق الزيادة بأصل العقد، فلو كان المسمّى في عقد الزواج ألفاً، ثم بعد ذلك زاد الزوج على المهر ألفاً أخرى، صحّت هذه الزيادة ولحقت بالمسمى وأصبح المهر ألفين وكأنّ التسمية وقعت ابتداءً على ألفين.

وإلى هذا القول ذهب جمهور الحنفية([1])، والمالكية([2]) والحنابلة([3]).

الأدلة:

استدل هذا الفريق على ثبوت زيادة المهر بأثر رجعي، بالأدلة التالية:

١. قوله تعالى:" وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً {٢٤}"([4]).

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٥٤٦/٢)، الفتاوى الهندية – (٣٤٤/١)

[2] الخرشي على مختصر خليل – (٣٥١/٤)، ابن العربي – أحكام القرآن (٥٠٠/١)

[3] ابن قدامة – المغني – (٧٤٣/٦)

[4] سورة النساء

وجه الاستدلال من النص: إنّ قوله تعالى " فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ " نص عام يشمل كل ما يتراضى عليه طرفا عقد النكاح من الزيادة في المهر أو الحط منه، أو الإبراء منه أو تأجيله، بل إن هذا النص أخص في الدلالة على الزيادة في المهر دون أي وجه آخر من أوجه التعديل، لتعليقه ذلك على التراضي، في حين أن الإبراء والحط والتأخير لا يحتاج فيها إلى قبول الزوج بخلاف الزيادة على المهر فهي لا تصح إلا بقبول الطرفين، فلمّا علق التعديل على التراضي، دلّ أن المقصود من ذلك هو الزيادة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الاقتصار على الحط والإبراء أو التأجيل دون الزيادة، لعموم اللفظ، وإخراج الزيادة من دلالة اللفظ يلزم منه إسقاط فائدة قيد التراضي الوارد في النص، فضلا عن أن ذلك تخصيص للفظ دون مخصص([1]).

٢. إن ما بعد العقد زمن لفرض المهر بدليل المفوّضة([2])، حيث يفرض لها المهر بعد العقد، فإذا جاز فرض المهر جميعه بعد العقد، جازت الزيادة عليه من باب أولى([3]).

٣. واستدل الجصّاص لهذا القول أيضًا بقوله:" إن عقد النكاح في ملكهما والدليل على ذلك أنه جائز له أن يخلعها على البضع فيأخذ بدله، فهما مالكان للتصرف في البضع، فلما كان العقد في ملكهما، وجب أن تكون الزيادة فيه جازة كما جازت في ابتداء عقد النكاح من حيث كانا مالكين للعقد، إذ كان الملك هو التصرف،وتصرفهما جائز فيه"([4]).

القول الثاني: إن الزيادة على المهر بعد العقد لا تصح، ومعنى عدم الصحة، هو عدم ثبوت هذه الزيادة بأثر رجعي بحيث لا تلحق بأصل العقد، بل تكون إن وقعت هبة مبتدأة.

وهذا ما ذهب إليه الشافعية([5]) وزفر الحنفية([6]).

الأدلة: استدل الشافعية وزفر على عدم ثبوت زيادة المهر بأثر رجعي بالأدلة الآتية:

١. إن الزوج قد ملك البضع بالمسمى في العقد، وبالزيادة على المهر لا يملك الزوج شيئاً من المعقود عليه فلا تكون عوضًا " مهراً " في النكاح فكانت هبة كسائر الهبات.

٢. إن الزيادة على المهر زيادة في عوض العقد بعد لزومه، فلم تلحق به قياساً على الزيادة في عقد البيع([7])

---

1 الجصاص – أحكام القرآن – (١٩٥/٢)

2 المفوضة: بصيغة اسم الفاعل، وهي المرأة التي خلا عقد نكاحها من تسمية الصداق.

3 الزيلعي - تبيين الحقائق – (٥٤٦/٢)، ابن قدامة – المغني (٧٤٤/٦)

4 الجصاص - أحكام القرآن – (١٩٥/٢)

5 الرملي – حاشية الرملي ، مطبوع بهامش أسنى المطالب – (٢٣٢/٤)، الكيا الهراسي – أحكام القرآن – (٤١٤/٢)

6 البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٣٢٩/٣، ٣٣٠)

7 ذكر هذين الدليلين للشافعية، ابن قدامة في المغني – (٧٤٤/٦)

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول " القائلين برجعية الزيادة على المهر".

ردّ الشافعية على استدلال الفريق الأول بعموم الآية، بأن ذلك محمول على جواز الإبراء عن بعض الصداق أو هبة بعضه، وإن الزيادة غير مقصودة من الآية، فإن قوله تعالى " فآتوهن أجورهن فريضة " يقتضي جواز إعطاء ما فرض للزوجة أولاً، وقوله تعالى " ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة " يرجع إلى الرخصة في ترك الإيتاء المأمور به في غير موضع الرخصة وهو ما يعني الإبراء أو هبة بعض الصداق([1]).

وقد أجاب الحنفية على هذا بأنه لو كان المقصود من الآية هو الإبراء فقط لما شرطت الرضا لعدم توقفه على الرضا([2]).

وردّ الشافعية على ذلك بأن الإبراء وإن كان لا يتوقف على التراضي إلا أن الهبة موقوفة عليه وقد يحصل الإبراء بالهبة([3]).

ثانياً: مناقشة أدلة زفر والشافعية.

رد الحنفية ومن معهم على قول الشافعية بأن الزوج ملك كامل البضع بالمسمى ولم يملك شيئاً بالزيادة، بأن ذلك مردود بما إذا لم يسم في العقد شيئاً كحال المفوضة، فإنه يفرض لها المهر بعد العقد ومع ذلك لا يقال بأنه لم يملك بالمفروض شيئاً وإنما فرض لها المهر إزاء ملكه للبضع الحاصل قبل الفرض([4])

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها يظهر لي أن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة من أن الزيادة الحادثة بعد العقد على المهر، تلحق بأصل العقد ويثبت حكمها بأثر رجعي، وذلك أن ما يفرض على أنه مهر يجب أن يأخذ هذه الصفة إعمالاً لقصد طرفي العقد، لا سيما أن ذلك لا يتم إلا بقبول الطرفين ولذلك اشترط القائلون بهذا القول قبول الزيادة في المجلس، كما سيأتي.

وإن عموم النص يقتضي ترجيح هذا القول ولا معنى لتخصيص ما يقع عليه التراضي بالحط دون غيره، ونحن وإن سلمنا أن الحط مقصودٌ أصالة من النص إلا أن ذلك لا يمنع غيره من الدخول تحت دلالة النص وحكمه لعموم لفظه.

---

[1] انظر: الكيا الهراسي – أحكام القرآن – (٤١٤/٢)

[2] الجصاص - أحكام القرآن – (١٩٥/٢)

[3] انظر: الكيا الهراسي – أحكام القرآن – (٤١٤/٢)

[4] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٥٤٦/٢)

شروط ثبوت الزيادة على المهر بأثر رجعي ولحوقها بأصل العقد:

اشترط القائلون بثبوت الزيادة على المهر المسمى بأثر رجعي، عدة شروط لذلك:وفيما يأتي بيان هذه الشروط:

أولاً: أن تكون الزيادة معلومة:

فيشترط لصحة الزيادة على المهر المسمى أن تكون هذه الزيادة معلومة فإن كانت مجهولة كأن يقول لها زدت لك على مهرك شيئاً، فإن هذه الزيادة لا تصح لجهالتها([1]).

ثانياً: القبول: ويكون القبول للزيادة من الزوجة إن كانت بالغة عاقلة، وأما إن كانت قاصرة فيقوم وليها مقامها في القبول أو الرد([2])

ثالثاً: أن يحدث القبول في المجلس، ويقصد بالمجلس هنا، مجلس الزيادة فلو تفرقا قبل القبول ثم وقع القبول بعد التفرق لم تصح([3]).

رابعاً: بقاء الزوجية: وذلك بقيام الزواج أو اعتداد الزوجة من طلاق رجعي، فإن انتهت العدة أو كان الطلاق بائناً ابتداءً، ثم وقعت الزيادة من الزوج على المهر، لم تصح لعدم مصادفتها محلاً صالحاً لثبوتها([4]).

خامساً: نص الحنفية على أن هذه الزيادة تستقر بواحد من أمرين، الدخول أو الموت، فإذا حدث الطلاق بعد الدخول استحقت الزوجة مجموع المهر والزيادة، وكذا تستحقها بالموت([5]). وأما إذا وقع الطلاق قبل الدخول فقد اختلف الحنفية في حكم هذه الزيادة فذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن هذه الزيادة لا تتشطر بالطلاق قبل الدخول([6]).

ووجه هذا القول أن الأصل في الزيادة أن تلحق بأصل العقد، إلا أنها لا تستقر إلا بالدخول أو الموت، فإذا حدث الطلاق قبل الدخول فإنها تبطل لأنها لم تكن مسماة حقيقة في أصل العقد وإنما لحقت به حكما، وما كان كذلك فإن الطلاق قبل الدخول يبطله([7]).

وذهب أبو يوسف إلى أن الزيادة تتنصف مع الأصل، بالطلاق قبل الدخول([8]). ووجه هذا القول هو قوله تعالى " وَإِن طَلَّقْتُمُوهُن مِن قَبْلِ أَن تَمَسوهُن وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُن فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

---

[1] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٢/٣)، الفتاوى الهندية – (٣٤٤/١)

[2] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٢/٣)، الشلبي – حاشية الشلبي على تبيين الحقائق – (٥٤٦/٢)

[3] الفتاوى الهندية – (٣٤٤/١)، الإبياني – شرح الأحكام الشرعية – (١١٤/١)

[4] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٢/٣)، الفتاوى الهندية – (٣٤٤/١)، الشلبي – حاشية الشلبي على تبيين الحقائق – (٥٤٦/٢)

[5] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٢/٣)

[6] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٩٨/٢)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٣/٣)

[7] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٩٩/٢)، ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (١١٣/٣)

[8] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٩٨/٢)

فَرَضْتُمْ {٢٣٧} "([1])، والزيادة الواقعة بعد العقد مفروضة فوجب تنصيفها. ولأنها لحقت بأصل العقد فوجب تنصيفها كأصل المهر قياساً على الزيادة في الثمن في عقد البيع([2])، وأما المالكية فقد فرقوا بين الموت والطلاق، فقالوا بتنصيف الزيادة في حال الطلاق قبل الدخول وعدم وجوب شيء أصلاً في الزيادة في حال الموت أي أنها تبطل بالموت[3]. ولم أجد تعليلاً لهذا التفريق.

أما الحنابلة فوافقوا أبا يوسف على القول بتنصيف الزيادة بالطلاق قبل الدخول، فبما أنها لحقت بأصل العقد فوجب أن تأخذ حكمه([4]).

والذي يظهر لي أنّ ما ذهب إليه الحنابلة وأبو يوسف من القول بتنصيف الزيادة على المهر بالطلاق قبل الدخول هو الأولى والأكثر انسجاما مع القول بلحوق هذه الزيادة – بأثر رجعي – بأصل العقد، فبما أننا حكمنا بلحوق الزيادة بأصل العقد حتى تأخذ حكم المسمى وجب إذن أن يجري عليها ما يجري على الأصل من أحكام، والأصل يتنصف بالطلاق قبل الدخول فكذا زيادته.

ثمرة الخلاف:

ينبني على الخلاف في ثبوت الزيادة على المهر المسمى بأثر رجعي أو عدم ثبوتها، جملة من المسائل([5]) فيما يلي بيانها:

المسألة الأولى: التنصيف بالطلاق قبل الدخول:

فعلى القول بثبوت الزيادة على المهر بأثر رجعي ولحوقها بأصل العقد فإن هذه الزيادة تتنصف بالطلاق قبل الدخول، وما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من عدم تنصيفها، فليس ذلك لعدم لحوقها بأثر رجعي بأصل العقد وإنما لفقدانها شرط الاستقرار الذي يتحقق عندهما بالدخول أو الموت.

وقد سبق أن ذكرت أن مذهب أبي يوسف في ذلك هو الأكثر انسجاماً مع أصلهم في لحوقها بأصل العقد.

وأما على القول بعدم لحوق الزيادة بأصل العقد وهو ما ذهب إليه الشافعية وزفر من الحنفية فمقتضى هذا القول: أن هذه الزيادة تأخذ حكم الهبة وتلزم بالقبض، ولا يلحقها التشطير الواقع على المهر بالطلاق قبل الدخول لأنها لم تأخذ حكمه.

---

[1] سورة البقرة

[2] الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٩٩/٢)

[3] الحطاب – مواهب الجليل – (٥٢١/٣)

[4] ابن قدامة – المغني – (٧٤٤/٦)

[5] ذكر هذه المسائل ابن قدامة في المغني – (٧٤٤/٦)

المسألة الثانية: الاستقرار بالدخول أو الموت:

وهذا يعني استحقاق الزوجة لجميع هذه الزيادة في حال وقوع الطلاق بعد الدخول، أو في حال موت الزوج، وهذا الحكم يتخرج على القول بأن هذه الزيادة تثبت بأثر رجعي فتلحق بأصل العقد. ومقتضى مذهب الشافعية وزفر أن هذه الزيادة تكون حقا خالصاً للمرأة في حال قبضها فقط، ولا فرق في ذلك ما بين وقوع الطلاق قبل الدخول أو بعده لأنها في حكم الهبة عندهم لا في حكم المهر، فينسحب عليها سائر أحكام الهبات.

المسألة الثالثة: سقوط الزيادة إذا جاء الفسخ من المرأة قبل الدخول:

فإذا حدث الفسخ لعقد النكاح بسبب راجع إلى المرأة قبل الدخول فإن هذه الزيادة تسقط تبعاً لسقوط أصل المهر وذلك على القول بثبوتها بأثر رجعي وأما على القول الآخر فمقتضاه أن لا يسقط منها شيء بل تبقى حقا للمرأة إذا اتصل بها قبض لسريان حكم الهبة لا حكم المهر.

الفرع الثاني

الأثر الرجعي لتعديل المهر بالحط منه

اتفق الفقهاء على أن للمرأة البالغة العاقلة الحط من مهرها لزوجها ببعضه أو كله،[1] واختلفوا فيما إذا كان لهذا الحط أثر رجعي فيلحق بأصل العقد أم لا، على قولين:

القول الأول:

لا يلحق الحط بأصل العقد، وهو مذهب أبي حنيفة وزفر([2])، والشافعية في قول([3])، والحنابلة في رواية([4]).

القول الثاني:

يلحق الحط بأصل العقد، فيكون له أثر رجعي، حتى إذا حدث طلاق عومل المهر بالقدر الذي أصبح عليه بعد الحط، وليس بالقدر المسمى في العقد وهذا ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية([5])، والمالكية([6])، والشافعية في قول([7])، والحنابلة في رواية أخرى عندهم([8]).

وعليه: لو أن الزوجة قبضت نصف صداقها، وحطت عن زوجها النصف الآخر، كأن يكون الصداق ألفي دينار وقبضت ألفاً وحطت من المهر ألفاً، وطلقها الزوج قبل الدخول. فعلى القول بأن للحط أثرًا رجعيًا فيلحق بأصل العقد، يصبح المهر في هذه الحالة وكأنه ألف، وقد قبضت الزوجة هذا الألف، فيرجع الزوج عليها بنصفه خمسمائة لاستحقاقه نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول([9]).

وأما بناءً على القول الآخر وهو أنه ليس للحط أثر رجعي فلا يلتحق بأصل العقد، فيبقى المهر ألفين ولا يصبح ألفاً، فإن طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء، لأنّ ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول هو ألف، وقد وصل إليه بطريق الحط، فلا يرجع عليها بشيء([10]).

---

[1] داماد أفندي – مجمع الأنهر- (٥١٤/١)، ابن العربي- أحكام القرآن – (٢٣٧/١)، الكيا الهراسي- أحكام القرآن – (٤١٤/٢)، ابن قدامة- المغني- (٧٣١/٦).

[2] الزيلعي- تبيين الحقائق- (٢٧٧/٣)، ابن نجيم – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار الكتب العلمية – ط١، بيروت - (٢٧٧/٣)

[3] الرملي- حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب- (٢٣٢/٤)

[4] ابن قدامة- المغني- (٧٣٢/٦).

[5] الزيلعي- تبيين الحقائق – (٢٧٧/٣)

[6] ابن رشد – بداية المجتهد – (٤٨/٣)

[7] الماوردي- الحاوي الكبير- (١٢/ ١٥٥)

[8] ابن قدامة- المغني – (٧٣٢/٦)

[9] الزيلعي- تبيين الحقائق- (٢٧٨/٣)

[10] الزيلعي- تبيين الحقائق- (٢٧٨/٣)، الماوردي – الحاوي الكبير- (١٢/ ١٥٤)، ابن قدامة - المغني- (٧٣٢/٦).

موقف القانون:

ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى أن الزيادة على المهر أو الحط منه تلحق بأصل العقد، فجاء في المادة الثالثة والستين أن (للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف على أن يوثق ذلك رسمياً أمام القاضي ويلحق بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط منه)([1]).

ويلاحظ أن القانون اشترط للحوق الزيادة والحط بأصل العقد، ثلاثة شروط:

الشرط الأول:

أهلية التصرف في المال. ويفهم من ذلك أنّ الزيادة أو الحطّ لا تصح من الزوج أو الزوجة إذا كانا ناقصي الأهلية، وكذا لو كانت المرأة مريضة مرض الموت، فلا يصح الحط إلا بإجازة بقية الورثة([2]).

الشرط الثاني:

أن يقبل الطرف الآخر الزيادة أو الحطّ في المجلس الذي حدث فيه الزيادة أو الحطّ([3]).

الشرط الثالث:

أن يوثق الاتفاق على الزيادة في المهر، أو الحط منه رسميا أمام القاضي وهذا الشرط قد نص عليه القانون مؤخراً سداً لذريعة الإنكار، أو الإدعاء بغير وجه حق، وصيانةً لوقت القضاء.

ويلاحظ أن القانون أطلق، فأجاز الزيادة والحط بإطلاق سواء كان المهر عيناً أم نقداً، ولو أنه قيد الحط في حال كون المهر من النقد لكان أولى إذ الحط لا يصح إلا في النقود وما يثبت في الذمّة، ولو كان عيناً وحطت الزوجة من مهرها لم يصح الحط، ومعنى عدم الصحة جواز

---

[1] هكذا أصبحت هذه المادة بعد إضافة عبارة (على أن يوثق ذلك رسمياً أمام القاضي) بعد عبارة (كاملي أهلية التصرف) وذلك في القانون المعدل رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١م.

[2] الإبياني- شرح الأحكام الشرعية- (١١٥/١)

[3] ذكر أستاذنا الدكتور محمود السرطاوي أن القانون اشترط لصحة الزيادة والحط شرطين:
الأول: أهلية التصرف في المال.
الثاني: أن يقبل الطرف الآخر والزيادة أو الحط في مجلس العقد.
وهنا يلاحظ أمران: الأول: أنه لم يذكر الشرط الثالث وهو شرط توثيق الزيادة، أو الحط رسمياً أمام القاضي، ومرد ذلك إلى أن شرح أستاذنا الفاضل لقانون الأحوال كان قبل التعديل الذي طرأ على المادة باشتراط التوثيق أمام القاضي.
والأمر الثاني أن أستاذنا الفاضل حفظه ا ذكر أن القبول المشترط هو الواقع في (مجلس العقد)، فإن كان القصد من مجلس العقد هو المجلس الذي تم فيه الزيادة أو الحط، على اعتبار أن ذلك لا يتم إلا بإيجاب وقبول ومن ثم صح إطلاق لفظ (العقد) على هذه العملية، فذلك صحيح لا غبار عليه، وأما إن كان يقصد أستاذنا حفظه ا بمجلس العقد هنا عقد النكاح، فما ذكره الحنفية يخالف ذلك إذ المقصود عندهم من المجلس هو المجلس الذي حدثت فيه الزيادة، أو الحط. انظر: الأستاذ الدكتور- محمود السرطاوي- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- (ص ١٩٨)، وانظر أيضًا: الإبياني- شرح الأحكام الشرعية (١١٤/١).

مطالبة المرأة به ما دام قائماً في يد الزوج(١)، إلا أنه بالحط ينتفي ضمانه فيصبح في يد الزوج في حكم الوديعة، إذ الإبراء أو الحط من الأعيان يكون عن ضمانها لا عن ملكها(٢).

---

[1] الإبياني- شرح الأحكام الشرعية – (١١٥/١)

[2] ابن نجيم- الأشباه والنظائر- (ص٣٠٧)

المبحث الرابع
الأثر الرجعي لانحلال العقد

تمهيد:

إنّ الرابطة التعاقدية التي تنشأ عن العقد بين طرفيه ترتب آثاراً والتزامات على كل منهما، والأصل أنّ أحداً من طرفي العقد لا يملك التحلل من هذه الالتزامات إلا أنّ يتم حل هذه الرابطة التعاقدية بطريق من الطرق المشروعة لذلك، ومن هنا فإنّ انحلال العقد بمعنى زوال الرابطة التعاقدية لا يتصور إلا إذا كان العقد موجوداً أصلاً، وعليه فإنّ العقد الذي يكون محلاً هو العقد المنعقد، وأما غير المنعقد فهو في حكم المعدوم كالباطل، فإنّه لا يكون محلاً للانحلال بالمفهوم السابق، لأنّه منحل ابتداءً([1]).

وانحلال العقد قد يكون بإرادة العاقدين أو أحدهما. فإن كان بإرادتهما سُمّيَ إقالة، وإن كان بإرادة أحدهما سمي فسخاً([2])، وتارة يكون هذا الانحلال بأثر رجعي وتارة يكون مقتصراً، ولذلك سأبين في هذا المبحث الأثر الرجعي لهذا الانحلال من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الأثر الرجعي لانحلال العقد بالفسخ.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي لانحلال العقد بالإقالة.

---

[1] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٢٤/١)

[2] الزرقاء – المدخل الفقهي - (٥٢٥/١)

المطلب الأول

الأثر الرجعي لانحلال العقد بالفسخ

لقد سبق أن ذكرت في معرض بياني للقواعد الفقهية والأصولية الموجهة للأثر الرجعي أنّ من هذه القواعد: قاعدة "رفع العقود المفسوخة، هل هو من أصله أم من حينه؟ "

وبتتبع الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه القاعدة يظهر لنا أمران:

الأول: أنّ معظم هذه الفروع محل خلاف حتى في المذهب الواحد، ولذا صيغت هذه القاعدة على هذا النحو الاستفهامي للدلالة على الخلاف المذكور.

الثاني: في أغلب الأحيان يرجحون – في معرض بيان فروعها – أنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه، كما سيأتي.

وقد سبق أن ذكرت أنّ لفسخ العقد أثراً رجعياً على كل حال سواء قلنا بأنّ الفسخ رفع للعقد من حينه أم من أصله. وقبل بيان ذلك، لا بد من الوقوف على معنى الفسخ عند الفقهاء ومن ثم نرى مقصود الفقهاء من التساؤل المصاغ في متن القاعدة حول ما إذا كان الفسخ رفعاً للعقد من حينه أو من أصله؟

تعريف الفسخ:

الفسخ لغة هو: الإزالة والرفع([١]).

واصطلاحاً: الفسخ هو حل ارتباط العقد([٢]). وعرّفه القرافي بقوله: هو قلب كل واحد من العوضين لصاحبه([٣]).وأما الكاساني فقد عرّفه بأنّه ارتفاع حكم العقد من الأصل كأنّ لم يكن([٤]).

فمن خلال هذه التعريفات للفسخ يظهر بوضوح أنّ حقيقة الفسخ تقوم على إرجاع العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، تلك الحالة التي كان كل واحد من المتعاقدين في حِل من التزامات هذا العقد، وهي أيضاً تلك الحالة التي تفترض عدم وجود عقد من أصله، وهذا المعنى هو الذي قصده الكاساني بقوله " كأن لم يكن" وإذا كان الفسخ على هذا المعنى فإنّه يستلزم ضرورةً ردّ جميع الآثار التي ترتبت على العقد المفسوخ. ومن ثم تبرئة كل واحد من طرفي العقد لذمته تجاه الآخر مما علق بها من تلك الآثار التي ترتبت على العقد أثناء سريانه وقيامه.

وإذا كانت حقيقة الفسخ هذه، فإنّه لا يتصور وقوع الفسخ دون أن يكون له أثر رجعي، ففي البيع مثلاً إذا تم تسلم المبيع والثمن، ثم فسخ البيع لأي سبب كان فإنّه يلزم في هذه الحالة ردّ المبيع إلى البائع وردّ الثمن إلى المشتري، وهذا ما عبّر عنه القرافي بقوله:" إنّ الفسخ قلب كلّ

---

[1] الفيومي – المصباح المنير – (٦٤٦/٢)، مادة:" فسخ "

[2] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (ص٢٩٢)، السيوطي – الأشباه والنظائر - (ص٣٦٢)

[3] القرافي – الفروق – (٢٦٩/٣)

[4] الكاساني – بدائع الصنائع - (١٨٢/٥)

واحد من العوضين إلى الآخر"، وهذا يعني أنّ يرجع كل واحد من العاقدين بما قدّم للآخر، فيعود كل منهما إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد.

فإن قيل: إنّ هذا المعنى وهو أنّ " للفسخ أثرا رجعياً على كل حال" منقوض ببعض صور الفسخ التي قال بها الفقهاء دون سريان الفسخ على بعض الآثار التي نجمت عن العقد في تلك الصور، كما في ردّ المبيع بالعيب حيث إنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بأنّ للمشتري ردّ المبيع بالعيب القديم مع الاحتفاظ بما ترتب على ذلك البيع من آثار، كثمار وولد تولدت عند المشتري([1]). فالجواب على ذلك يتضح من خلال معرفة وبيان المقصود من القول بأنّ للفسخ أثراً رجعياً على كل حال. فالمقصود بأنّ للفسخ أثراً رجعياً على كل حال إنّما يعني أنّ حكم الفسخ لا بد أن يسري إلى الماضي، وبالنظر إلى طبيعة الفسخ عند الفقهاء تجدهم متفقين على أنّ الفسخ يعود أثره على محل العقد، بل نص بعضهم على أنّ الفسخ لا يسري إلا على عين المعقود عليه، يقول الزيلعي:" الفسخ لا يرد إلا على عين ما ورد عليه العقد وإلاّ لما كان فسخاً([2]).

وهذا القدر المشترك بين الفقهاء في حكم الفسخ هو في حقيقته ماهية الفسخ التي لا يتصور وجوده دونها.

أما عود الفسخ إلى الماضي ليطال تلك الآثار التي نجمت عن محل العقد الذي كان محلاً للفسخ، فهذا هو محل الخلاف بين الفقهاء، وهو الذي عبرت عنه القاعدة الفقهية من خلال صياغتها الاستفهامية حول ما إذا كان الفسخ رفعاً للعقد من أصله أم من حينه.

وسواء قلنا بأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه أم هو رفعٌ للعقد من أصله، فإنّ الأثر الرجعي له متحقق على القولين، وبيان ذلك:

أنّه على القول بأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من أصله فإنّ ذلك يعني أنّ الفسخ يسري على الماضي بأثر رجعي فيظهر حكمه في محل العقد وفي الآثار التي تعلقت بذلك المحل.

وأما على القول بأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه فإنّ ذلك يعني أيضاً أنّ للفسخ أثراً رجعياً، لكنه أثر مقتصر على محل العقد دون الآثار الأخرى التي تعلقت بذلك المحل. فيظهر حكم الفسخ بأثر رجعي في محل العقد فقط فيرتفع حكم العقد عن ذلك المحل دون سواه.

وهذا المعنى الذي قررته للأثر الرجعي للفسخ عند الفقهاء هو المستفاد من تفريعاتهم المختلفة على قاعدة رفع العقود المفسوخة (فسخ العقود)، وهو المستفاد أيضاً من ثمرات الخلاف المترتبة على كل من القولين الواردين في أصل القاعدة، واللذين ينسحبان على أغلب

[1] انظر: الحطاب – مواهب الجليل – (٤٦٤/٤، ٤٦٥)، الرملي – نهاية المحتاج – (٦٧/٤)، البهوتي – كشاف القناع – (٢٢٠/٣)

[2] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣٤٣/٤)

الفروع المندرجة تحتها. وأعني بذلك: أنّ ما ذكره الفقهاء من تفريعات فقهية على قاعدة فسخ العقود، و خلافهم فيما إذا كان الفسخ رفعاً للعقد من حينه، أو من أصله، وما ذكروه من فوائد عملية تترتب على هذا الخلاف، كل ذلك هو الذي حدد ما سبق تقريره من معنى للأثر الرجعي للفسخ عندهم:([1])

وهنا يثور تساؤل حول أي الوجهين للأثر الرجعي للفسخ هو الراجح؟ بمعنى ما هو الراجح عند الفقهاء من القولين: هل هو القول بأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من أصله (فيكون الأثر الرجعي للفسخ شاملاً للمحل والآثار) ؟ أم هو القول بأنّ الفسخ رفع للعقد من حينه (فيكون الأثر الرجعي للفسخ مقتصراً على محل العقد دون آثاره) ؟.

الذي يظهر أنّ الراجح عند الفقهاء هو القول بأنّ الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله. بمعنى أنّ الأثر الرجعي للفسخ مقتصر على محل العقد دون الآثار الأخرى، وفيما يأتي بيان ذلك:

فقد نص الحنفية على أنّ الفسخ لا يرد إلا على عين المعقود عليه([2]) وفي موضع آخر نصّوا على أنّ الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل لا فيما مضى([3])، ولا شك أنّ قولهم: " لا فيما مضى " محمول على الآثار التي تعلقت بالمحلّ لا بالمحل نفسه، وإلا لزم من ذلك نفي الفسخ أصلاً، ولا شك أنّ هذا المعنى غير مراد.

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك عندهم: أنّ المشتري إذا قبض المبيع ونتج عن هذا المبيع ثمرة أو ولد أو غيرها من المتولدات المنفصلة تولدت من ذات المبيع ، ثم أراد المشتري ردّ المبيع بعيب قديم، فإنّهم: أي الحنفية منعوا الفسخ في هذه الحالة لما يؤدي إليه من الربا. ووجه الربا في ذلك أنّ الفسخ لا يرد إلا على عين المعقود عليه، وهو في مثالنا " الأصول " فإذا ردّ

---

[1] جاء في كتاب القواعد للحصني:" قاعدة رفع العقود المفسوخة هل هو من أصلها أو من حين الفسخ " فيه مسائل :
منها: إذا فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط فهل هو من أصله، أم من حينه، وجهان: صحّح النووي أنه من حينه في شرح المهذب، ويبنى على ذلك الملكُ في الزوائد، كاللبن والبيض والثمرة والكسب ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة ونحو ذلك ..... ومنها: فسخ البيع بالعيب أو بالتصرية ونحوها. فيه ثلاثة أوجه: أصحّها من حينه، والثاني من أصله، والثالث إن كان قبل القبض فمن أصله، وإلا فمن حينه.
ومنها: إذا تلف المبيع قبل القبض فوجهان: أصحّهما من حينه، ويُبنى عليها حكم الزوائد المنفصلة، والأصحّ تسلّم للمشتري.
ومنها: إذا فسخ العقد بالتحالف عند الاختلاف، وفيه وجهان: أصحّهما من حينه، والثاني من أصله، ورتب عليه صور، منها: لو كان المشتري وهب المبيع أو وقفه أو أعتق أو باع وأقبض، فالمذهب إمضاء ذلك، وعليه القيمة، وعلى الآخر يتبيّن بطلان ذلك " ا.هـ . انظر: تقي الدين الحصني – القواعد – (٢٤٩،٢٤٨/٢)

[2] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣٤٣/٤)

[3] ابن نجيم – الأشباه والنظائر – (٢٩٢)

المشتري الأصول وعاد إليه جميع الثمن، كانت هذه المتولدات الحادثة عنده ملكاً له دون عوض في عقد معاوضة وهو ربا لا يصح([1]).

وكذا لو ردها مع أصولها، فإنّها تصبح للبائع ربح ما لم يضمن، وهو منهي عنه أيضاً، لذا امتنع الفسخ عندهم([2]).

من هنا يظهر أنّ الفسخ عند الحنفية يسرى حكمه بأثر رجعي ليطال محل العقد فقط دون غيره، فإن وجد مانع شرعي يحول دون عود الفسخ إلى محل العقد فقط امتنع الفسخ عندئذ.

وبالنظر إلى فروعهم المختلفة وتعليلاتهم تجد أنّ هذا المانع نوعان:

الأول: ما هو حق الشرع: كما هو الحال في المثال السابق.

الثاني: تعلق حق الغير بالمحل: حيث نصّوا على أنّ (تعلّق حق الغير يمنع الفسخ)([3]). ومثاله: التصرف بالمبيع في البيع الفاسد ببيع صحيح إلى غير البائع الأول، ففي هذه الحالة تعلّق بالحلّ حقٌ للغير، فلا يملك البائع الأول فسخ العقد الفاسد لأنّ ذلك يقتضي سريان الفسخ على المحل فيرفع حكم العقد عنه، وسريانه أيضاً على حق الغير الذي ترتب له عليه بالعقد الثاني، فيبطله، ولما كان الفسخ لا يرد إلا على عين المحل، ولم يكن ذلك دون إضرار بالغير، امتنع الفسخ([4]).

أما الشافعية([5]) والحنابلة([6]) فقد صرّحوا بترجيح أنّ الفسخ رفع للعقد من حينه، بمعنى أنّ له أثراً رجعياً يعود على محل العقد فقط دون غيره. وهذا الذي صرح به الشافعية والحنابلة، هو الذي تشهد له فروعهم المختلفة.

أما المالكية فالذي يظهر أنّهم يوافقون الشافعية والحنابلة أيضاً من أنّ الراجح في الفسخ أنّه رفع للعقد من حينه، ولذا تجد أنّهم متفقون جميعاً أي المالكية والشافعية والحنابلة على أنّ المتولدات الحادثة بعد القبض عند البائع تبقى للمشتري في حال ردّ المشتري للمبيع بسبب العيب القديم مثلاً تفريعاً على أنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه لا من أصله([7]).

---

1 الكاساني – بدائع الصنائع – (٢٤٧/٧)

2 الكاساني – بدائع الصنائع - (٢٤٧/٧)

3 الشلبي – حاشية الشلبي على تبيين الحقائق – (٤٠٥/٤)، واستثنى الحنفية من ذلك الإجارة – انظر: الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤٠٤/٤)

4 ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (٩٤/٥)

5 السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٣٦٧،٣٦٨)

6 المرداوي – الإنصاف – (٤٧٠/٤)

7 انظر: الحطاب – مواهب الجليل – (٤٦٣/٤)، المواق – التاج والإكليل - (٤١٣/٤)، الشربيني – مغني المحتاج (٦١/٢)، الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٤٥/٥)، البهوتي – كشاف القناع - (٢٢٠/٣)

ومن هنا نخلص إلى تقرير ما يلي:

أولاً: أنّ للفسخ أثراً رجعياً عند مختلف الاتجاهات الفقهية.

ثانياً: إن الراجح المعتمد عند المذاهب الأربعة أنّ الأثر الرجعي للفسخ يقتصر على محل العقد، فيرفع عنه حكمه، والقاعدة المعمول بها في هذا المقام هو أنّ الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد.

ثالثاً: إنّ كثيراً من الفروع يظهر فيها خلاف بين الفقهاء رغم اتفاقهم على أنّ الأصل في الفسخ أنّه لا يعود بأثره إلا على محلّ العقد، ويظهر هذا الخلاف في مصير الآثار التي نجمت عن العقد، ومدى تأثير هذه الآثار على حكم الفسخ ذاته؟ والسبب في ذلك أنّ فسخ العقد في المحل المعقود عليه ليس هو المؤثر الوحيد في تحديد مصير الآثار التي نجمت عن العقد أو تعلقت بمحله، ذلكم أنّ ثمة عوامل مختلفة قد تدخل في تحديد ذلك لا سيما بعد تنفيذ العقد، فتؤثر على الوضع الفقهي للعقد برمّته؛ محلّه وآثاره.

ومن هذه الأمور: القبض، واليد، والضمان، فكلّها مفاهيم ذات دلالات فقهية قد تستقل بأحكامها عن حكم الفسخ، بل تصبح هذه الآثار ذات وضع فقهي جديد لا علاقة له بالعقد على خلاف بين الفقهاء في تحديد هذا الوضع.

من ذلك مثلا أنّ المبيع بعد القبض يصبح من ضمان المشتري باتفاق، ولهذا الضمان أثره في تحديد مصير الآثار المترتبة على العقد أو التي تعلقت بمحله، فتدخل هنا قاعدة: " الخراج بالضمان "([1])، وهي قاعدة محل عمل عند أكثر الفقهاء، فلو ردّ المشتري المبيع بعد أن دخل في ضمانه، ملك ما تولد عن المبيع أثناء ذلك إعمالاً للقاعدة السابقة([2])، وهذا على رأي جمهور الفقهاء([3])، إلا أنّ الحنفية قد خالفوا في ذلك، فمنعوا من الرّد، لما يؤول إليه من الربا أو ربح ما لم يضمن. والخلاف إذن إنّما ينشأ عن عوامل أخرى وقواعد فقهية يعمل بها البعض ولا يراها آخر، وليس ناشئاً عن نظرتهم في أنّ للفسخ أثراً رجعياً يعود ابتداءً على محل العقد أولاً، بل هذا محل اتفاق كما سبق بيانه.

---

1 وهذا لا ينافي تعليلهم هذا الحكم بأن الفسخ رفع للعقد من حينه، إذ لا يمنع تخريج الحكم الواحد على أكثر من أصل. وقاعدة الخراج بالضمان أصلها حيث رواه أبو داود – كتاب البيوع – باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبا - (ص٥٣٣) - حديث رقم (٣٥٠٨)، وابن ماجه – كتاب البيوع – باب الخراج بالضمان – (ص٣٨٥) – حديث رقم (٢٢٤٣)، والترمذي – كتاب البيوع – باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا – (ص٣٠٥) – حديث رقم (١٢٨٥)

2 انظر الحطاب – مواهب الجليل – (٤/٤٦٣)، الماوردي – الحاوي الكبير – (٥/٢٤٥)، البهوتي – كشاف القناع – (٣/٢٢٠)

3 الكاساني – بدائع الصنائع – (٧/٢٤٧)

الأثر الرجعي للفسخ هو في العقود الفورية فقط

إنّ ما سبق تقريره من أنّ للفسخ أثراً رجعياً، سواء قلنا بأنّ الفسخ رفع للعقد من حينه أم من أصله، إنّما ينسحب ذلك على ما يعرف بالعقود الفورية ولا يشمل سائر العقود. وهذا يقتضينا التفريق بين نوعين من العقود.

أولاً: العقود الفورية:

وهي تلك العقود التي يتم تنفيذها دفعةً واحدة فلا تستغرق زمناً في التنفيذ فلا يشكل الزمن عنصراً أساسياً فيها([1])، وذلك نحو عقد البيع، والقسمة، والصلح.

وهذا النوع من العقود هو الذي يكون لفسخها أثر رجعي على كل حال.

وهذا النوع هو الذي كان محل البحث السابق وهو محل الخلاف فيما إذا كان فسخه رفعاً له من أصله أم من حينه.

ثانياً: العقود الزمنية:

وهي العقود التي يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها، وذلك نحو الإجارة، والشركة، والوكالة، والإعارة،([2]) ذلكم أنّ المعقود عليه في هذه العقود إنما يُستوفى تدريجياً ساعة فساعة، فهي بمثابة عقود متجددة مع الزمن.

وفسخ هذه العقود يكون مقتصراً أي ليس له أثر رجعي([3])، فيقطع الفسخ تأثير هذه العقود ويرفع حكمها بالنسبة للمستقبل، وأما ما مضى وترتب من آثار لهذه العقود فتبقى على حكمها. فما تمّ استيفاؤه من منفعة قبل الفسخ في عقد الإجارة مثلاً يثبت مقابله الأجرة في ذمة المستأجر. وكذا ما وقع من تصرفات الوكيل قبل فسخ الوكالة فهي صحيحة لازمة للموكل لا ينقض منها شيء, وكذا أحكام الشركة تبقى على حكم الشركة قبل الفسخ. ففسخ هذه العقود يكون مقتصراً وليس بأثر رجعي([4]).

---

[1] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٢٩/١)

[2] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٢٩/١)

[3] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٣٠/١)

[4] الزرقاء – المدخل الفقهي – (٥٢٠/١)

المطلب الثاني

الأثر الرجعي لانحلال العقد بالإقالة

تمهيد:

الإقالة في اللغة: الرفع والإزالة والفسخ، فيقال: أقال البيع أو العهد أي: فسخه وأقال ا عثرته: صفح عنها وتجاوز([١]).

أما اصطلاحاً: فاختلفت تعريفات الفقهاء للإقالة تبعاً لاختلافهم في طبيعتها، ولعلّ أقرب هذه التعريفات إلى بيان حقيقة الإقالة هو تعريف الشافعية لها بأنها: "رفع العقد المالي بوجه مخصوص"([٢]).

فقيّد التعريف العقد بأنه مالي، ليخرج بذلك عقد النكاح، فهو وإن كان من العقود اللازمة إلا أنه لا تجري فيه الإقالة. وقولهم:" على وجه مخصوص "، إشارة إلى ضرورة توفر شروط معينة في أطراف الإقالة لصحتها([٣]).

الأثر الرجعي للإقالة:

إن معرفة ما إذا كان لإقالة العقد أثر رجعي أم لا تتوقف على معرفة طبيعة الإقالة والوقوف على تكييفها الفقهي. وهو ما سأبينه فيما يأتي:

التكييف الفقهي للإقالة:

اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي للإقالة، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الإقالة بيع: سواء في حق المتعاقدين أو غيرهما. وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية([٤])، والمالكية([٥])، والحنابلة في رواية([٦])، وابن حزم الظاهري([٧]).

إلا أن أبا يوسف قال: إذا تعذّر جعلها بيعاً جعلت فسخاً، كما لو كانت قبل القبض في المنقول، وفي رواية أخرى عنه: أنها بيع على كلّ حال، وعلى هذا تبطل في المنقول قبل قبضه([٨]).

وبناءً على هذا القول فلا يكون للإقالة أثر رجعي بل تأخذ حكم عقد جديد.

---

[1] المعجم الوسيط – (٧٧٠/٢)، مادة:" قال "، الفيومي – المصباح المنير – (٧١٦/٢)

[2] الأنصاري – أسنى المطالب شرح روض الطالب – (١٨٦/٤)

[3] حامد الفقي – الإقالة – (ص٢٠)

[4] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤١٧/٤)، العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٢٥/٨)

[5] الدردير – الشرح الصغير بشرح بلغة السالك – (١٣٠/٣)، الخرشي على مختصر خليل – (٥٣٦/٥)

[6] ابن قدامة – المغني – (١٣٥/٤)

[7] ابن حزم – المحلى – (٤٨٧/٧)

[8] العيني – البناية – (٢٢٦/٨)

الأدلة:

استدل هذا الفريق على أن الإقالة بيع بأن الإقالة مبادلة مال بمال بالتراضي، وهذا هو حدّ البيع فكانت بيعاً لتحقق معنى البيع فيها، إذ العبرة للمعنى وليس للفظ. يؤكد ذلك أن كثيراً من أحكام البيع تنسحب عليها نحو: البطلان بهلاك السلعة قبل القبض، وثبوت خيار العيب فيها وكذا ثبوت الشفعة، مما يؤكد أنها بيع([1]).

واستدل ابن حزم لهذا القول بقوله:" إن البيع عقد صحيح لا يحل فسخه إلا بنصّ، ولا نصّ في جواز فسخه بتراضيهما إلا فيما جاء نص بفسخه كالشفعة. وما فيه الخيار بالنصّ، فإذ ذلك كذلك ولم يكن نص أصلاً فقد صح أن الإقالة بيع من البيوع([2]).

القول الثاني: إن الإقالة فسخ، سواء بالنسبة للعاقدين أم بالنسبة لغيرهما.

وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية([3])، والشافعية في الأظهر([4])، والحنابلة في الرواية الراجحة في المذهب([5])، وذهب محمد بن الحسن إلى القول بأنها فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً فتجعل بيعًا للضرورة([6])

وبناءً على هذا الرأي فإنّ للإقالة أثراً رجعياً ينسحب على الماضي، ذلك الأثر المتمثل في رفع حكم العقد السابق.

الأدلة:

استدل هذا الفريق على أن الإقالة فسخ بالأدلة التالية:

١. الاستدلال بالمعنى اللغوي للإقالة، فالإقالة تعني الرفع والإزالة، وقد جاء في الحديث:" اللهم أقلني عثراتي" أي: أرفعها وأزلها.

والأصل حمل اللفظ على معناه اللغوي ما لم يخصه الشرع بمعنى خاص ولم يرد ذلك في الإقالة، فوجب حملها على أصل معناها في اللغة، ورفع العقد يعني فسخه، فكانت الإقالة فسخاً لا بيعاً. واختلاف الإقالة والبيع اسماً يدل على اختلافهما حكماً([7]).

---

[1] الزيلعي - تبيين الحقائق – (٢١٨/٤)، الكاساني – بدائع الصنائع – (٣٠٦/٥)، العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٢٦/٨)

[2] ابن حزم – المحلى – (٤٨٧/٧)

[3] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤١٧/٤، ٤١٨)، داماد أفندي – مجمع الأنهر – (١٠٤/٣)

[4] الأنصاري – أسنى المطالب – (١٨٦/٤)، الماوردي – الحاوي الكبير – (٦٩/٧)

[5] المرداوي – الإنصاف – (٤٦٤/٤)، ابن قدامة – المغني – (١٣٥/٤)

[6] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤١٨/٤)

[7] الكاساني – بدائع الصنائع – (٣٠٦/٥)

وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن بجعلها بيعاً إن لم يمكن جعلها فسخاً فقد استدل لذلك بأنه وإن كان الأصل فيها أنها فسخ، إلا أنه إذا تعذر حملها على هذا الأصل جاز حملها على معنى البيع للضرورة، ولا ضير في ذلك ما دام أن لفظها محتمل لهذا المعنى: أي لمعنى البيع([1]).

٢. إن اتفاق الفقهاء على جواز الإقالة في السلم رغم اتفاقهم أيضاً على أنّ بيع الطعام قبل قبضه منهي عنه، دليل على أن الإقالة ليست بيعاً بل فسخ([2]).

٣. إن الإقالة تتقدر بالثمن الأول، فلو كانت بيعاً لم تتقدر به([3]).

٤. الإقالة رفع وإزالةٌ للعقد والبيع عقد، فهما ضدان، والمبيع قد عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فدل على أنها فسخ كالرد بالعيب([4]).

القول الثالث: إن الإقالة فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرهما، سواء كانت قبل القبض أم بعده. وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه ا ([5]).

وفي رواية أخرى عنه أنها بيع بعد القبض، فسخ قبله، والمشهور عنه القول الأول([6]).

ووجه ما ذهب إليه أبو حنيفة: أن لفظ الإقالة يدل حقيقة على الرفع، ورفع العقد فسخه، والأصل أن يُحمل اللفظ على الحقيقة إلاّ إذا تعذّر فيحمل على المجاز، والإقالة لا يمكن حملها على البيع لأنها ضده، أي إن الإقالة رفعٌ للعقد، والبيع إنشاءٌ له فكانا ضدين ولا يمكن أن يستخدم اللفظ للدلالة على ضده، فإن قيل: إن أبا حنيفة جعلها بيعاً في حق الغير، قيل إن ذلك لم يكن من قبيل إعمال اللفظ وإنما جعلت بيعاً ضرورةً لاتحاد الحكم المترتب على المعنيين " البيع، والرفع أو الفسخ" ومعنى ذلك: أن الحكم المترتب على رفع العقد هو ثبوت الملك في البدلين لكل من العاقدين، وهو نفسه الحكم المترتب على العقد " البيع"، ولما لم يكن للعاقدين ولاية على غيرهما جعلت بيعاً جديداً في حقه([7]). وبناءً على هذا الرأي فإن للإقالة أثراً رجعياً في حق العاقدين فقط، ولا يسري هذا الأثر على غيرهما.

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤١٨/٤)، الكاساني – بدائع الصنائع- (٣٠٦/٥)

[2] ابن قدامة – المغني – (١٣٦/٤)

[3] الزركشي – الزركشي على مختصر الخرقي – (٥٥٠/٣، 551) الماوردي – الحاوي الكبير – (٧٠/٧)

[4] ابن قدامة – المغني – (١٣٦/٤)

[5] الميرغناني – متن الهداية بشرح فتح القدير– (٤٨٧/٦)

[6] العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٢٥/٨)

[7] انظر هذا الاستدلال عند: الزيلعي – تبيين الحقائق – (٤١٨/٤، ٤١٩)، ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٤٨٩/٦)

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة القول بأن الإقالة بيع:

إن استدلالهم بأن حد الإقالة مبادلة مال بمال وهو نفسه حدّ البيع يرد عليه أن الإقالة مبادلة تراجعاً بطريق الرفع، وحدّ البيع هو ما كان مبادلة مال بمال على وجه الابتداء لا على وجه الترادّ([1]).

ثمّ إنّ الإقالة لو كانت بيعاً لانعقد البيع بلفظ الإقالة والواقع أن البيع لا يصح أن ينعقد بهذا اللفظ.

وأجيب على هذا الاعتراض بأنه ممتنع في حق من يرى جواز انعقاد البيع ابتداءً بلفظ الإقالة كما هو مذهب بعض مشايخ الحنفية([2]).

ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بأن الإقالة فسخ:

١. إن دعوى الاتفاق على جواز الإقالة في السلم مردودة، حيث صح عن ابن عباس ما يدل على المنع، فقد أخرج ابن حزم في المحلى([3]) من طريق سعيد بن منصور عن سفيان ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس قال:" إذا أسلفت في شيء إلى أجل مسمى فجاء ذلك الأجل ولم تجد الذي أسلفت فيه فخذ عرضاً بأنقص ولا تربح مرتين "، فلم يُفتِ بالإقالة وروي عن عدد من الصحابة قولهم بمنع الإقالة في بعض السّلم([4])، فانتفت دعوى الاتفاق أو الإجماع على صحة الإقالة في السّلم.

٢. لو كانت الإقالة فسخا لما جازت إلا بردّ عين الثمن نفسه لا بغيره، يؤيد هذا ما رواه ابن حزم([5]) عن الحجاج بن المنهال قال: أخبرنا الربيع بن حبيب قال: كنا نختلف إلى السواد في الطعام – وهو أكداس([6]) قد حصد - فنشتريه منهم الكر([7]) بكذا وكذا، وننقد أموالنا فإذا أذن لهم العمال في الدّراس فمنهم من يفي لنا بما سمي لنا، ومنهم من يزعم أنه نقص طعامه فيطلب إلينا أن نرتجع بقدر ما نقص رؤوس أموالنا، فسألت الحسن عن ذلك فكرهه، إلا أن يستوفي ما سمي لنا أو نرتجع أموالنا كلها، وسألت ابن سيرين فقال:

---

[1] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٤٨٩/٦).

[2] البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٤٨٨/٦)

[3] ابن حزم – المحلى – (٤٨٥/٧)

[4] ابن حزم – المحلى – (٤٨٦/٧)

[5] ابن حزم – المحلى – (٤٨٦/٧)

[6] الأكواس: جمع، مفردها كُوس، وهو ما يجمع من الطعام في البيدر. انظر: الفيومي – المصباح المنير – (٧٢٣/٢)

[7] الكر: هو كيل يزن ستين قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوّك صاع ونصف. انظر: الفيومي – المصباح المنير – (٧٢٧/٢)

إن كان دراهمك بأعيانها فلا بأس، وسألت عطاء فقال: ما أراك إلا قد رفقت وأحسنت إليه "

ويجاب عن هذا بأن ثمة اختلافاً وقع في جواب الفقهاء وكما هو واضح من النص، وهو ما يدل على أن الإقالة ليست فسخاً من كل وجه، ولا بيعاً من كل وجه، إذ لو كانت بيعاً من كل وجه لاتفق الجميع على قول الحسن، ولو كانت فسخاً من كل وجه لاتفق الجميع على قول عطاء، فلما اختلفوا دل هذا على أن للإقالة شبها بالفسخ والبيع معاً([1]).

ثالثاً: مناقشة قول أبي حنيفة:

يرد على قول أبي حنيفة بأن ما يعد فسخاً في حق العاقدين يجب أن يكون كذلك في حق غيرهما قياساً على الرد بالعيب والفسخ بالخيار، ذلكم أن حقيقة الفسخ واحدة بالنسبة للجميع ولا تختلف باختلاف الأشخاص([2])، ومن ثم لا يصح التفريق بين العاقدين وغيرهما بالنسبة لحقيقة الإقالة وآثارها المترتبة عليها.

الترجيح:

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يظهر لي أن ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه ا هو الراجح، إذ في هذا الرأي إعمالٌ لأدلة الفريقين، وإعمالُ الدليلين أولى من إهمال أحدهما، لا سيما أن الإقالة حقيقة تجمع بين الأمرين إذ فيها شبهٌ بالبيع، وشبهٌ بالفسخ، يؤيد ذلك وقوع الاختلاف بين التابعين أنفسهم في طبيعتها. ثم إن استقرار العقود وصيانة حقوق الغير يقتضي اقتصار أثر الفسخ على العاقدين وأن لا يتعداهما إلى غيرهما، فبما أن للفسخ طبيعة السريان على الماضي أي أنّ حكمه وأثره يسريان بأثر رجعي، وحتى لا يتضرر الغير من هذا الأثر كان لا بد من قصر أثر رفع العقد على العاقدين، فيكون هذا الرأي قد جمع بين قصد الشارع في رفع الضرر عن العاقدين برفع العقد وإلغاء آثاره، وكذلك رفع الضرر عن الغير بجعل هذا التصرف بيعاً في حق الغير لعدم ولاية العاقدين على هذا الغير. وبناء على ذلك فإن الإقالة يكون لها أثر رجعي لكنه مقتصرٌ على العاقدين دون غيرهما.

ما ينبني على التكييف الفقهي للإقالة؟

تظهر ثمرة الخلاف في طبيعة الإقالة فيما إذا كانت فسخاً بأثر رجعي، في جملة من المسائل، أجملها فيما يلي:

١. الإقالة بالثمن الأول: فإذا وقعت الإقالة بين المتابعين، ولم يسمّيا الثمن الأول الذي وقع عليه العقد الأول ، أو سميا أكثر منه أو أقل، أو سيما جنساً آخر غيره، فعلى القول بأن

---

[1] التهانوني – إعلاء السنن – (٢٢٠/١٤)

[2] ابن قدامة – المغني – (١٣٦/٤)

للإقالة أثراً رجعياً بمعنى أنها فسخ، فيبطل ذلك كله وتصح الإقالة بالثمن الأول، لأن غاية ما في الأمر أن الزيادة على الثمن أو النقصان أو تغيير الجنس كل ذلك يعد شروطاً فاسدة والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة([1])، وأما على القول الآخر الذي يعد الإقالة بيعاً فيصح ذلك كله لأنها بمثابة ابتداء عقد جديد([2])، وفي رواية عند الحنابلة أنها لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول سواء قلنا بأنها بيع أم فسخ([3])، والأول أكثر انسجاماً مع تكييفها الفقهي.

٢. عدم ثبوت الشفعة، وذلك على اعتبار أن الإقالة فسخ، لأنها على هذا رفع للعقد السابق وإزالة له بأثر رجعي، فليست عقداً، فلم يثبت بها حق الشفعة في المُقال لأن موجب الشفعة هو البيع وليس الرفع([4]).

وأما عند من يرى أنها بيع فيثبت بها حق الشفعة، وهذا ينسحب على مذهب أبي يوسف على اعتبار أنّ الإقالة عنده بيع في حق الجميع، وعلى قول أبي حنيفة على اعتبار أن الإقالة بيع في حق الغير والشفيع غير المتعاقدين فكانت بيعاً في حقه([5]).

٣. صحة الإقالة قبل القبض فيما يعتبر له القبض ولا يحتاج إلى كَيْلٍ ثان، وذلك على القول بأنها فسخ للعقد السابق، وأما على القول بأنها بيع فلا تصح قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض. لأن بيعه قبل القبض لا يصح ولو كان لبائعه([6]).

٤. صحة الإقالة بعد النداء للجمعة على اعتبار أنها فسخ، وحرمتها على القول بأنها بيع، لثبوت النهي عن البيع وقت النداء للجمعة([7]).

٥. لا يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقادرة على تسليمه وتمييزه عن غيره على اعتبار أنها فسخ بأثر رجعي، وأما على القول بأنها بيع فيشترط ذلك كله كسائر البيوع([8]).

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق- (٤/٤١٩)، الكاساني – بدائع الصنائع – (٥/٣٠٧)
[2] ابن رجب – القواعد – (ص٣٦٦)
[3] ابن مفلح – المبدع – (٤/١٢٤)
[4] ابن قدامة – المغني – (٤/١٣٦)
[5] الكاساني – بدائع الصنائع – (٥/٣٠٨)
[6] ابن قدامه – المغني – (٤/١٣٦)
[7] حاشية العدوي على الخرشي – (٥/٥٦٤)، ابن رجب – القواعد – (ص٣٦٧)
[8] ابن رجب – القواعد – (ص٣٦٧)

الأثر الرجعي لانحلال العقد في القانون:

لقد نظم القانون المدني الأردني أحكام انحلال العقد سواء كان بالإقالة أم بالفسخ أم بقوة القانون في المواد (٢٤١ – ٢٤٩) على النحو التالي:

أولاً: انحلال العقد بالفسخ:

أما بالنسبة لانحلال العقد بالفسخ فقد نصت المادة (٢٤٨) على أنه إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض.

وقد جاء في المذكرات الإيضاحية أنه يترتب على الفسخ قضائياً كان أم اتفاقياً انعدام العقد انعداماً يستند أثره " أي بأثر رجعي "، فيعتبر كأن لم يكن، فيعود كل من العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد([1]).

واستناد أثر الفسخ إلى الماضي وسريانه بأثر رجعي إنما يكون ذلك في العقود المنشئة لالتزامات فورية كالبيع مثلاً، وأما إن كان العقد منشئاً لالتزام متتابع كالإجارة فليس لفسخه أثر رجعي بل يكون أثر الفسخ مقتصراً على المستقبل([2]).

وبهذا يظهر اتفاق القانون مع الفقه، في نظرته إلى طبيعة الفسخ القائمة على الاستناد إلى الماضي، في العقود الفورية دون الزمنية.

ثانياً: انحلال العقد بالإقالة:

أما بالنسبة لانحلال العقد بالإقالة فقد نصت المادة (٢٤٣) على أن الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.

فجعل القانون الإقالة فسخاً في حق العاقدين، وهو ما يعني انحلال العقد بأثر رجعي بالنسبة للعاقدين بحيث يصبح العقد وكأنه لم يكن، وهذا يفهم أيضاً من نص المادة (٢٤٨) حيث نصت على أنه إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وعود العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد يعني أن الفسخ يسري على الماضي بأثر رجعي فيرفع العقد ويجعله كأنه لم يكن – كما بينت سابقاً - وقد أعطى القانون الإقالة حكم الفسخ بالنسبة للعاقدين فوجب أن تأخذ حكمه فيما بينهما، فينسحب أثرها على الماضي بأثر رجعي فترفع العقد وتجعله كأن لم يكن بالنسبة لهما.

وأما بالنسبة لغير العاقدين فقد نص القانون على اعتبارها بيعا في حقه، وهو ما يعني انعدام الأثر الرجعي لها في حق غير العاقدين حرصاً على استقرار التعاملات وصيانة للحقوق المكتسبة، وبهذا يظهر توافق القانون مع مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه ا في هذه المسألة.

---

[1] المذكرات الإيضاحية – (٢٥٤/١)

[2] المذكرات الإيضاحية – (٢٥٥/١)

المبحث الخامس
الأثر الرجعي للملك المستند إلى الضمان

تمهيد:

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن من ضمن عيناً ملكها بالضمان، ولهذا الملك صفة الرجعية عند هؤلاء الفقهاء، فيثبت الملك في الشيء المضمون بأثر رجعي ينسحب إلى وقت وجود السبب الموجب للضمان.

وسأبين في هذا المبحث مذاهب الفقهاء في هذه المسألة مبيناً أيضاً الفوائد العملية المترتبة عليها. وقبل ذلك لا بد أولاً من بيان معنى الضمان:

فالضمان لغة هو: الالتزام. يقال ضمنت المال فأنا ضامن وضمين أي: التزمته. وكذا يأتي الضمان بمعنى الكفالة: فيقال: ضمن الرجل إذا كفله، ومن معاني الضمان في اللغة أيضاً: التغريم: فالضامن إذن هو: الكفيل والملتزم والغارم([1]).

الضمان اصطلاحاً: هو شُغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر([2]).

والضرر يشمل الضرر الواقع على النفس والأضرار المالية الناشئة بسبب العقود، وكذا يشمل الأضرار المالية خارج نطاق الالتزامات التعاقدية ليشمل الأضرار المالية الناشئة عن الغصوب والإتلافات([3]).

الأثر الرجعي للملك المستند إلى الضمان:

تصوير المسألة:

إذا ضمن شخص عيناً لآخر بسبب ما كالغصب مثلاً، فهل تدخل هذه العين بعد ضمانها في ملك الضامن، وإذا ملكها هل لهذا الملك أثر رجعي؟.. تلكم هي صورة المسألة، وفيما يأتي بيان مذاهب الفقهاء في ذلك.

فقد اختلف الفقهاء في ملكية المضمونات بالضمان على قولين:

القول الأول:

إن المضمونات تملك بأداء الضمان بأثر رجعي أي من وقت وجود السبب الموجب للضمان.

---

[1] الفيومي – المصباح المنير – (٤٩٧/١)، المعجم الوسيط – (٥٤٤/١)، مادة " ضمن ".

[2] محمد فوزي فيض ا – نظرية الضمان في الفقه الإسلامي – (ص١٤)

[3] فيض ا – نظرية الضمان- (ص١٤)

فمن غصب عيناً مثلاً وضمنها إلى ربها، ملكها الغاصب بأثر رجعي يمتد إلى وقت الغصب وهذا ما ذهب إليه الحنفية([1])، والمالكية([2])، يقول الزيلعي:" المضمونات تملك عند أداء الضمان ملكاً مستنداً إلى وقت وجود سبب الضمان"([3]).

الأدلة:

استدل القائلون بملكية المضمونات بأثر رجعي عند أداء الضمان بأن ثبوت الملك في الشيء المضمون بعد أداء الضمان إنما كان ذلك ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، ودفعاً للضرر عن دافع البدل " الضامن "، إذ لو بقي المضمون على ملك المضمون له بعد أخذه الضمان لأدّى ذلك إلى اجتماع البدلين في ملك واحد فضلاً عن أن في ذلك إضراراً بالضامن، لا يقرّه الشرع حتى ولو كان الضامن متعدياً ابتداءً، لأنه وإن ظلم فلا يُظلم([4]).

القول الثاني:

إن المضمونات لا تملك بأداء الضمان، وهو ما ذهب إليه الشافعية([5]) والحنابلة([6]).

وعلل أصحاب هذا القول مذهبهم بأن التضمين إنما يجب في مقابلة تفويت اليد، وأما ملكية العين فتبقى للمالك، والضمان يكون في مقابلة الفائت ولم يفت إلا اليد، ولذا فإن تملك الضامن للعين المضمونة دون رضا من المالك لا يصح([7]).

تأصيل الخلاف:

يرجع الخلاف في ملكية المضمونات بأداء الضمان إلى الاختلاف في مقابل الضمان([8])، فمن ذهب إلى أن الضمان يكون في مقابلة العين قال بملكيتها عند أداء ضمانها (ضرورة عدم اجتماع البدلين في ملك واحد) وينسحب هذا الملك إلى وقت حدوث سبب الضمان (أي: بأثر رجعي).

وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، وأما من رأى أن الضمان إنما يكون في مقابلة تفويت يد المالك والحيلولة بينه وبين ماله قال إنّ المضمون لا يدخل في ملك الضامن. وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

---

1 العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٣٣/١١)، الزيلعي – تبيين الحقائق – (٥٨٩/٣)

2 القرافي – الذخيرة – (٣٠١/٨)، ابن رشد – البيان والتحصيل – (٢٥٩/١١)

3 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٥٨٩/٣)

4 الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣٤٠/٦)، العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٣٣/١١)، علي حيدر – درر الحكام – (٥٣١/٢)

5 النووي – روضة الطالبين – (١١٦/٤)، السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٣٦٣)، الزنجاني – تخريج الفروع على الأصول – (ص ٢١٥)

6 ابن قدامة – المغني – (٢٧٦/٥)

7 ابن قدامة – المغنى – (٢٧٦/٥)

8 انظر: الزنجاني – تخريج الفروع على الأصول – (٢١٥، ٢١٦)

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية والمالكية:

ردّ الشافعية والحنابلة على استدلال الحنفية وقولهم بأن " ملكية الضامن للمضمون كان ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد " ردّوا على ذلك بأن القول بعدم تملك الضامن لما ضمنه لا يقتضي الجمع بين البدل والمبدل، وإنما يملك المضمون له القيمة أو البدل لأجل الحيلولة بينه وبين عين ماله وليس على سبيل العوض، ودليل ذلك أنه لو ردّ عين المضمون رد إليه الضمان([1]).

ثانيًا: مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة:

يرد على قول الشافعية والحنابلة ببقاء المضمون على ملك المضمون له بعد أخذه للضمان بأنّ في ذلك ظلمًا للضامن لانتفاء المماثلة حينئذٍ بين الجزاء والعمل([2])، وهو مخالف لظاهر قوله تعالى:" فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ {١٩٤}"([3]).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وتعليلاتهم لما ذهبوا إليه يظهر أن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من القول بملكية المضمون بعد ضمانه، هو القول الراجح. ذلكم أن قواعد العدل تقتضي المماثلة بين الجزاء والفعل الموجب لهذا الجزاء، والقول بالتضمين دون ملكية العين فيه إضرارٌ بالضامن ينافي العدل القائم على مبدأ المماثلة كما ذكرت.

صفة الملك الثابت بالضمان:

اتفق الحنفية والمالكية القائلون بملكية المضمونات عند أداء ضمانها على أن هذا الملك يثبت بأثر رجعي يمتد إلى وقت وجود السبب الموجب للضمان، فمن غصب عيناً مثلا ثم ضمنها لصاحبها بأداء قيمتها أو مثلها ملكها بأثر رجعي من حين الغصب فتعد العين وكأنها في ملكه من حين الغصب لا من حين أداء الضمان.

لكنهم أي الحنفية والمالكية، اختلفوا في صفة هذا الملك، فذهب الحنفية إلى القول بأن الملك الثابت بالضمان هو ملك ناقص، إذ القاعدة عندهم أن الملك الثابت بطريق الاستناد (أي: بأثر رجعي) هو ملك ناقص يثبت من وجه دون وجه، ومرد ذلك إلى أن الضمان ليس موضوعاً للتملّك وإنّما أصبح مفيدا له بحكم الضرورة أي: ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك

---

[1] النووي – روضة الطالبين – (١١٦/٤)، ابن قدامة – المغني – (٢٧٦/٥)

[2] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٥٢/٧)

[3] سورة البقرة

واحد – كما سبق بيانه – والضرورة تقدر بقدرها، ولذا ظهر أثر هذا الملك في بعض الأحكام دون بعض([1]).

ولا يردُ على ذلك أن العقد الموقوف يفيد الملك بأثر رجعي ومع ذلك يثبت هذا الملك من كل وجه وتترتب عليه جميع أحكامه من وقت ثبوته. ذلكم أن العقد الموقوف وإن كان موقوفاً إلا أنه موضوع أصلاً للملك بخلاف الضمان حيث أصبح موجباً للملك من باب الضرورة التي سبق الإشارة إليها([2]).

أما المالكية فالذي يظهر من فروعهم أنهم يثبتون الملك في المضمونات بأثر رجعي ملكاً تاماً من كل وجه. ويظهر ذلك جلياً من خلال موقفهم من المتولدات من المغصوب كالولد والثمرة حيث قالوا بملكية الغاصب لها إذا ضمن أصولها([3])، خلافاً للحنفية الذين ذهبوا إلى القول بأن هذه المتولدات لا تدخل في ملك الضامن لعدم تبعيتها للأصول على خلاف المتولدات المتصلة والغلة والكسب إذ تدخل في ملكيته لتبعيتها، ووجه التبعية في المتولدات المتصلة ظاهر، وأما في الغلة والكسب، فلأنها بدل المنفعة والمنفعة تبع فكان بدلها تبعاً أيضاً، ولذا دخلت في ملك الضامن بعد أداء ضمان أصولها([4]).

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف حول ملكية المضمونات بأثر رجعي أو عدم ملكيتها، في بعض الفروع الفقهية، وفيما يلي بيان لأهمها من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: ملكية الغاصب للمغصوب بعد ضمانه:

فمن أهم المسائل المترتبة على الخلاف في ملكية المضمونات بالضمان، مسألة ملكية الغاصب للمغصوب بعد ضمانه، حيث اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: إن الغاصب يملك المغصوب بعد ضمانه شريطة أن يكون المحلّ قابلاً للملك ابتداءً، ويثبت هذا الملك بأثر رجعي أي من حين الغصب لا من حين الضمان. وإلى ذلك ذهب الحنفية([5]) والمالكية([6]).

الأدلة: استدل الحنفية والمالكية على مذهبهم بالأدلة التالية:

---

[1] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣٤٠/٦، ٣٤١)، الكاساني – بدائع الصنائع – (١٤٤/٧) الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير – (٣٢٩/٩)

[2] ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (٩/ ٣٢٩)

[3] القرافي – الذخيرة – (٣٠١/٨)، ابن رشد – البيان والتحصيل – (٢٥٩/١١)

[4] الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٣٢/٦)

[5] العيني – البناية في شرح الهداية – (٢٣٣/١١)، الزيلعي – تبيين الحقائق – (٣٤٠/٦)

[6] الخرشي على مختصر خليل – (١٦٧/٦)، ابن رشد – البيان والتحصيل – (٢٥٩/١١) القرافي – الذخيرة – (٣٠١/٨)

١. ما روي عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول ا صلى ا عليه وسلم في جنازة فرأيت رسول ا صلى ا عليه وسلم وهو على القبر يوصي الحافر، أوسع من قبل رجليه أوسع من قبل رأسه، فلما رجع استقبل داعي امرأة، فجاء وجيء بالطعام، فوضع يده ثم وضع القوم فأكلوا، فنظر آباؤنا رسول ا صلى ا عليه وسلم يلوك لقمة في فيه، ثم قال: إني أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها، فأرسلت المرأة: يا رسول ا إني أرسلت إلى البقيع ليشتري لي شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل إلي بثمنها، فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته، فأرسلت بها إلي فقال عليه الصلاة والسلام: أطعميه الأسارى "([1]).

وجه الاستدلال:

أن الغاصب لو لم يملك العين المغصوبة لما أمرهم النبي صلى ا عليه وسلم بالتصدق بها على الأسارى لأن التصدق لا يكون إلا في المملوك([2]).

٢. إن القول بملكية المغصوب فيه دفع للضرر عن الغاصب كي يكون جزاؤه مثل فعله([3])، عملاً بقوله تعالى:" فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ {١٩٤}"([4]).

٣. إن القول بملكية المغصوب بعد ضمانه إنما هو ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك المغصوب منه([5]).

القول الثاني :

إن الغاصب لا يملك المغصوب، بل يبقى على ملك المغصوب منه، حتى ولو أدى الغاصب ضمانه. وإلى ذلك ذهب الشافعية([6]) والحنابلة([7]).

الأدلة: استدل الشافعية والحنابلة بالأدلة التالية:

١. إن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح تملكه بالتضمين([8])

٢. إن القول بتملك الغاصب للمغصوب بعد الضمان، فيه تشجيع لظلم الناس بعضهم بعضاً.

---

[1] أخرجه أبو داود – كتاب البيوع – باب في اجتناب الشبهات – (ص٥١٠)، حديث رقم (٣٣٣٢)، وأحمد في المسند – (١٨٥/٣٧)

[2] انظر: العيني – البناية – (٢١٠/١١)، الزيلعي – نصب الراية – (١٦٩/٤)

[3] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٥٢/٧)

[4] سورة البقرة

[5] البابرتي – العناية – (٣٤٥/٩)، العيني – البناية (٢٣٣/١١)

[6] النووي – روضة الطالبين – (١١٦/٤)، السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص ٣٦٣)

[7] ابن قدامة – المغني – (٢٦٧/٥)

[8] الشيرازي – المهذب – (٤٨٤/١)، ابن قدامة – المغني – (٢٦٧/٥)

٣. إن ما يأخذه الغاصب من القيمة أو البدل إنما كان ذلك من أجل الحيلولة بين المالك وماله لا مقابل العين، فانتفى القول باجتماع البدل والمبدل في ملك واحد([1]).

المناقشة والترجيح:

يرد على استدلال الحنفية على ملكية المغصوب بعد الضمان بأن ذلك كان ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد بأن هذا القول: لا يسلم لهم إذ الضمان الذي يبذله الغاصب إنما كان لأجل الحيلولة بين المالك وعين ماله، وليس في مقابله العين.

ويجاب عن هذا الرد بأن الظاهر هو خلاف ذلك وأن الضمان إنما هو في مقابلة العين بدليل أن المقياس في تقدير الضمان هو مالية العين ذاتها وليس أي شيء آخر مما يثبت أن الضمان إنما كان في مقابلة العين لا في مقابلة اليد.

ثم إن القول بجعل الضمان في مقابلة اليد إجحاف بحق الغاصب لأن فيه جمعاً بين ملك الضمان وملك العين في حق المغصوب منه مع أن تحقيق العدل ممكن في هذا المقام وذلك بجعل العين في ملك الغاصب، والضمان في ملك المغصوب منه.

مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة:

إن قولهم بأن تملك الغاصب للمغصوب فيه تشجيع لظلم الناس بعضهم بعضاً، قد يجاب عنه بأن ذلك صحيح لو كان القول بأن مطلق الغصب يفيد الملك في المغصوب، وليس الأمر كذلك، بل إفادة الغصب للملك إنما كان بعد الضمان وبهذا يتبين أن السبب الموجب للملك في حقيقة الأمر هو الضمان، وليس ذات الغصب، إلاّ أنّ الضمان لمّا استند إلى سببه وهو الغصب، أثبت حكمه في إثبات الملك من وقت سببه، ولهذا فقد تحرج بعض الحنفية أنفسهم من إسناد الملك إلى الغصب فقالوا: إن الغصب يوجب ردّ العين وردّ القيمة عند العجز عن رد العين، بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً، ولهذا لا يملك الولد لأن الملك كان شرطا للقضاء بالقيمة، والولد غير مضمون بالقيمة، ويملك الزيادة المتصلة لأنها تبع محض، فهم يرون أن الغصب ليس سبباً للملك حقيقة والمقتضي لذلك هو القضاء بالضمان أو التراضي عليه([2]).

الترجيح:

وبعد هذا العرض لآراء الفقهاء أرى أن الراجح ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من ثبوت الملك في المغصوب بعد ضمانه ويثبت هذا الملك بأثر رجعي، من حين الغصب، تحقيقاً للعدل الذي يقتضيه قوله تعالى " فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ {١٩٤}"([3]).

---

[1] النووي – روضة الطالبين – (١١٦/٤)، ابن قدامة – المغني – (٢٧٦/٥)

[2] انظر: السرخسي – المبسوط – (٧٣/١١)

[3] سورة البقرة

ويمكن أن يحاط هذا القول بمزيد من الضمانات([1]) نحو:

١. ألا يعجل بالقضاء بالقيمة حتى يغلب على الظن أن العين قد فاتت بأي سبب كالضياع أو الاستهلاك وأما مع غلبة الظن ببقائها فلا يثبت الملك.
٢. الحكم بتحريم الانتفاع بعين المغصوب قبل أداء الضمان أو التراضي عليه أخذاً بمذهب أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف الذي أجاز الانتفاع قبل أداء الضمان أو التراضي.
٣. إبطال الملك إذا ظهر كذب الغاصب في فوات العين، أخذاً بمذهب المالكية في ذلك.

ثمرة الخلاف:

ينبني على خلاف الفقهاء السابق حول ملكية المغصوب بعد ضمانه، بأثر رجعي خلافٌ في عدد من المسائل، أهمها ما يأتي:

أولاً: حكم التصرف بالمغصوب من بيع أو هبة أو صدقة، حيث ذهب الحنفية([2]) والمالكية([3]) إلى القول بأن من غصب عينا ثم باعها أو وهبها و قد ضمنها للمغصوب منه، نفذ البيع والهبة.

ويتخرج هذا القول على أصلهم السابق القاضي بملكية المغصوب بأثر رجعي بعد ضمانه. وبيانه: أن الغاصب لما ضمن المغصوب ملكه بأثر رجعي من حين الغصب فيكون تصرفه بناءً على هذا صحيحاً سواء بالبيع أو الهبة، لأنه يكون قد تصرف في ملك نفسه الذي ثبت له بعد الضمان بأثر رجعي يمتد إلى وقت الغصب.

ويرى الحنفية نفاذ هذه التصرفات رغم أنهم يثبتون في المغصوب ملكاً ناقصاً – بعد ضمانه – إلا أن هذا الملك مع ذلك يكفي لنفاذ البيع والهبة وغيرها من التصرفات الناقلة للملك([4]).

أمّا الشافعية في الأظهر([5]) والحنابلة في الراجح([6]) عندهم فيرون بطلان تصرفات الغاصب لعدم دخول ما ضمنه في ملكه. وعلى القول الآخر عند الشافعية والرواية الأخرى عند الحنابلة فإن تصرفات الغاصب موقوفة على إجازة المالك، والمرجح في المذهبين هو القول الأول([7]).

---

[1] ذكر هذه الضمانات علي معوض وعادل أحمد في هامش تحقيقهما لكتاب بـدائع الصـنائع – ط ١ - دار الكتب العلمية – بيروت – (٤٥/١) في الهامش.
[2] الكاساني – بدائع الصنائع – (١٥٣/٧)
[3] المدونة – (٢٣٨/٩)
[4] العيني – البناية – (٢٣٨/١١)
[5] النووي – روضة الطالبين – (١٤٦/٤)
[6] ابن قدامة – المغني – (٢٦٩/٥)
[7] السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٣٦٠)

ثانياً: ومن المسائل التي يُبنى الحكم فيها على الحكم في ملكية المغصوب بأثر رجعي بعد ضمانه، حكم المتولدات من ذات المغصوب كالولد والثمرة واللبن حيث اختلف الفقهاء في حكم هذه المتولدات من حيث ضمانها على النحو الآتي:

فقد ذهب المالكية في المعتمد عندهم إلى أن الغاصب لا يضمن المتولدات الحادثة بعد الغصب إذا ضمن أصولها، وكانت قد فاتت هذه الأصول بأي وجه من أوجه الفوات([1]).

وقد خرّج المالكية هذا القول على أصلهم في ملكية الغاصب للمغصوب بأثر رجعي، بعد ضمانه، وبيانه: أن الغاصب لما ضمن المغصوب بأثر رجعي، فقد دخل في ملكه من حين الغصب، وهو ما يلزم منه أن ما حدث من متولدات بعد الغصب من هذا المغصوب، تكون قد حدثت على ملكه أي: مالك الغاصب، وإذا حدثت على ملكه انتفى ضمانها([2]).

وأما الحنفية فإنهم وإن وافقوا المالكية على انتفاء ضمان هذه المتولدات إلا أنهم يختلفون معهم في تخريج هذا الحكم: إذ يتخرج هذا الحكم عندهم على أصلهم في انتفاء صفة الغصب ابتداءً عن هذه المتولدات، فحد الغصب عندهم كما عرفه الشيخان: إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه([3]). وعند محمد بن الحسن هو: إزالة اليد المحقة، والنقل في المال ليس شرطاً([4]).

فمن هذين التعريفين يظهر أن الحنفية قد اتفقوا على اشتراط إزالة اليد المحقة عن المال كي يتحقق مفهوم الغصب، ويد المالك لم تثبت على المتولدات التي حدثت بعد الغصب وإذ لم تثبت يده لم تحصل إزالة لها عنها ومن ثم انتفت حقيقة الغصب عن هذه المتولدات، فانتفى ضمانها لانتفاء سببه([5]).

وأما الشافعية([6]) والحنابلة([7]) فقالوا بضمان هذه المتولدات الحادثة بعد الغصب على الغاصب، وخرجوا قولهم هذا على أصلهم في بقاء المغصوب على ملك المغصوب منه، فما تولد

---

1 ابن رشد – البيان والتحصيل – (١١/ ٢٥٩)، التسولي – البهجة شرح التحفة – (٣٤٥/٢)، المدونة – (١٧٩/٤، ١٨٠)

2 ابن رشد – البيان والتحصيل – (٢٥٩/١١)

3 دامادا أفندي – مجمع الأنهر – (٤٥٥/١)، الزيلعي - تبيين الحقائق – (٢٢٢/٥)

4 الكاساني – بدائع الصنائع – (٤٠٣/٣)، علي حيدر – درر الحكام – (٥٠١/٢)

5 الكاساني – بدائع الصنائع – (٤٠٤/٩)، دامادا أفندي – مجمع الأنهر – (٤٥٥/١) الزيلعي – تبيين الحقائق – (٢٢٢/٥)

6 الشربيني – مغني المحتاج – (٢٩٠/٢)، الشاشي (محمد بن أحمد) – حلية العلماء (٢٢٥/٥)، النووي – روضة الطالبين – (٩٧/٤)

7 البهوتي – كشاف القناع – (٩٣/٤)، ابن قدامة (موفق الدين) - الكافي – (٢٢٠/٢)

منه كان له، ولما كان الأصل مضموناً على الغاصب كان ما تولد منه من ولد أو ثمرة مضموناً كذلك، بجامع أن كلاً منهما مالٌ للمغصوب منه حدث في يد الغاصب بالغصب([1]).

ويظهر لي أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح، ذلكم أن فوات العين يعني استقرار الضمان وإذا استقر الضمان على الغاصب ملك المغصوب بأثر رجعي وإذا ملكه بأثر رجعي ملك ما تولد عنه فانتفى الضمان وأما ما ذهب إليه الحنفية من انتفاء صفة الغصب عن هذه المتولدات تخريجاً على حد الغصب عندهم فإن ذلك منقوض بغاصب الغاصب، إذ إن غاصب العين من غاصبها في حكم الغاصب ابتداءً رغم أنه أزال يداً مبطلة وليست يدا محقة.

وأما ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أن المتولدات مال للمغصوب حدث في يد الغاصب بالغصب فيجاب عنه بأن المغصوب خرج من ملكه بعد ضمانه والحكم على الغاصب بقيمته، ثم إن قولهم بأن هذه المتولدات مال للمغصوب منه حدثت في يد الغاصب بالغصب لا يسلم به إذ إن الذي حدث في يد الغاصب بالغصب هو الأصول، وليست المتولدات التي حدثت بصنع ا تعالى وليس بفعل الغاصب.

المسألة الثانية: اجتماع القطع والضمان:

ومن المسائل التي تتفرع عن الخلاف في ملكية المضمونات " بأثر رجعي" مسألة اجتماع القطع والضمان([2])، بمعنى هل يجمع بين قطع يد السارق وضمانه للمال المسروق؟ هذه هي صورة المسألة وفيما يأتي بيان مذاهب الفقهاء فيها.

اتفق الفقهاء على أن السارق يجب عليه رد المال المسروق ما دام قائماً تحت يده، ولا يمنع القطع من ذلك([3]). لكنهم اختلفوا فيما إذا أتلف السارق المال المسروق أو استهلكه ثم قطع به، فهل يضمن ما أتلفه أو استهلكه؟على أقوال:

القول الأول: لا يجب على السارق ضمان المسروق، فلا يجمع بين القطع والضمان، وهو ما ذهب إليه الحنفية([4]).

وقد خرّج الحنفية مذهبهم هذا على أصلهم في أن المضمونات تملك بالضمان بأثر رجعي ينسحب إلى وقت وجود السبب الموجب له وهو السرقة. ووجه ذلك: أن السارق إذا حكم عليه بالضمان لزم من ذلك دخول المسروق في ملكه بأثر رجعي ينسحب إلى وقت الإخراج من

---

[1] الرحيباني – مطالب أولي النهى – (٢٩/٤)، ابن قدامة (موفق الدين) – الكافي – (٢٢٠/٢)

[2] الزنجاني – تخريج الفروع على الأصول – (ص٢١٩)

[3] الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير – (٤١٣/٥)، ابن رشد – بداية المجتهد – (٤١٠/٤)، الشربيني – مغني المحتاج – (١٧٧/٤)، ابن قدامة المغني – (٢٧٠/٨)

[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٤١٤/٥)، البابرتي – شرح العناية – (٤١٤/٥)

الحرز، وهذا يعني أخذه لمال نفسه والمرء لا يقطع بأخذ ماله وهو ما يؤدي إلى انتفاء القطع، إلا أنّ القطع ثابت بالنص فلا سبيل إلى نفيه وإبطاله، فينتفي ما أدى إليه وهو الضمان([1]).

وقد أيد الحنفية مذهبهم هذا بجملة من الأدلة وفيما يأتي بيانها:

أولاً: قوله تعالى:" وَالسارِقُ وَالسارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ {٣٨}"([2]).

وجه الدلالة من الآية:

أ- إن النص القرآني اقتصر على القطع كجزاء للسرقة ولم تذكر الضمان، فإيجاب الضمان زيادة على النص وهو نسخ، والنسخ لا يصح إلا بدليل ولم يوجد([3]).

ب- إنّ ا تعالى سمّى القطع جزاءً، والجزاء مبني على الكفاية، فإن قيل بوجوب الضمان إضافة إلى القطع لم يكن القطع كافياً، وفي ذلك مخالفة للنص.

ثانيًا: ما روي عن النبي صلّى ا عليه وسلّم أنّه قال:" لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد " وفي رواية " لا غرم على السارق بعد قطع يمينه "([4]).

وجه الدلالة من الحديث: إن الحديث نص صريح في نفي الضمان بعد إقامة الحد على السارق.

ثالثًا: إنّ ضمان المسروق ضمانُ عدوان، وضمان العدوان قائم على المماثلة لقوله تعالى:" فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ {١٩٤}"([5])، والمماثلة منتفية بين المال المسروق وبين ضمانه، إذ المال المسروق محرّم لعينه حقاً للشرع فلا ينتفع به كالميتة والدم، وأما ما يؤخذ من السارق على وجه الضمان فهو مال معصوم ليس محرماً وينتفع به، فتنتفي المماثلة بين المسروق وبين ضمانه، وإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان([6]).

القول الثاني: التفريق بين السارق الموسر والسارق الفقير: فإن كان السارق موسراً من حين الأخذ إلى حين القطع وجب عليه الضمان، وإن كان فقيراً معدماً حين أخذ المال أو خلال المدة ما بين السرقة والقطع لم يغرم، وهذا مذهب المالكية([7]).

وقد علل المالكية قولهم بأن السارق إذا كان موسراً فإن اليسار المتصل يأخذ حكم المال القائم بعينه، فلا يلزم من ضمانه اجتماع عقوبتين، وأما إن كان فقيراً فإن الحكم بتغريمه يلزم

---

[1] العيني – البناية في شرح الهداية – (٧٢/٧)، الكاساني – بدائع الصنائع – (٨٥،٨٤/٧)

[2] سورة المائدة

[3] الكاساني – بدائع الصنائع – (٨٤/٧)

[4] رواه الدارقطني في السنن – (١٢٩/٣)، والنسائي في السرقة – باب تعليق يد السارق – (ص٧٥٦) – حديث رقم (٤٩٨٣)

[5] سورة البقرة

[6] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٤١٥/٥)، البابرتي – شرح العناية - (٤١٦/٥)

[7] الخرشي – الخرشي على مختصر جليل – (٣٣٢/٨)، ابن رشد – بداية المجتهد – (٤١٠/٤)

منه اجتماع عقوبتين عليه، عقوبة القطع وعقوبة الضمان. ولا يصح اجتماع عقوبتين فينتفي الضمان، وتبقى العقوبة الثابتة نصاً وهي القطع([1]).

القول الثالث: يجب على السارق ضمان المال المسروق ولو قطع به، وهذا ما ذهب إليه الشافعية([2]) والحنابلة([3]).

الأدلة: استدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

١. القياس على حال بقاء المال: فكما أن السارق يجب عليه ردّ العين إذا كانت قائمة ولا يمنع من ذلك القطع، فكذلك يجب عليه ردّ قيمتها أو مثلها إذا كانت هالكة ولا يمنع من ذلك القطع([4]).

٢. اختلاف السبب الموجب لكل منهما: فالسبب الموجب للقطع هو إخراج المال من الحرز، والضمان وجب لاستهلاك المال. فكان كل منهما حكماً قائماً بذاته لا يسد أحدهما مسدّ الآخر([5]).

٣. اختلاف صاحب الحق، فالقطع حقّ   تعالى، والضمان حقّ للعبد فلا يمنع أحدهما الآخر([6]).

٤. القياس على المغصوب، فكما أن الغاصب يجب عليه ضمان المغصوب ولا يمنع ذلك من استحقاقه للعقاب، فكذا المسروق بجامع أن كلا منهما تعد على مال محترم([7]).

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية:

ردّ الشافعية والحنابلة على قول الحنفية بعدم اجتماع الغرم والقطع بأن قولهم هذا مبني على أصلهم في ملكية المضمون بالضمان، وهو لا يسلم لهم، وقد سبق الردّ على هذا الأصل.

وأما استدلالهم بالحديث فقد أجيب عنه بأن الحديث ضعيف ولا يصح استحلال أموال الناس بمثله([8])، وقد حمل الشافعية قوله تعالى:" جزاءً بما كسبا " على الفعل وهو إخراج المال من

---

[1] الخرشي على مختصر خليل – (٣٣٢/٨)

[2] الرملي – نهاية المحتاج – (٤٤٦/٧) الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٢٢/١٧)

[3] ابن قدامة – المغني – (٢٧١/٥)

[4] الرافعي – العزيز شرح الوجيز – (١٢٤١/١١)، ابن قدامة – المغني – (٢٧١/٥)

[5] الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٢٢/١٧)

[6] الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٢٢/١٧)

[7] الروياني – بحر المذهب – (١١١/١٣)

[8] الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٢٣/١٧)، ابن قدامة – المغني – (٢٧١/٥)

الحرز، وليس المال إذ المال لا يدخل في كسب السارق وإنما الذي يدخل في كسبه هو الإخراج([1]).

ثانياً: مناقشة أدلة المالكية:

يرد على تفريق المالكية بين الغني والفقير بأن الفقر لا يصلح سببا لإسقاط حق الغير([2]).

ثالثاً: مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة:

ردّ الحنفية على قول الشافعية والحنابلة بأن القطع حق والضمان حق للعبد فلا يسقط أحدهما الآخر، بأن المحل وهو المال المسروق لا يبقى مع القطع حقا للعبد وإنما أصبح حقاً تعالى ولا ضمان فيما هو خالص حق ا تعالى([3]).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر لي أن ما ذهب إليه الحنفية هو الراجح إذ لو كان الجمع بين القطع والضمان واجباً لبينه النبي صلى ا عليه وسلم إلا أن المنقول عنه صلى ا عليه وسلم في وقائع السرقة هو القطع فقط، ولو كان الضمان واجباً لبينه صلى ا عليه وسلم، بل المنقول عنه صلى ا عليه وسلم يؤيد ما ذهب إليه الحنفية وأما ما ذكره الشافعية والحنابلة من ضعف الحديث الوارد في نفي الضمان فيجاب عنه بأن تضعيفهم للحديث إنما كان لعلتين:([4])

الأولى: الانقطاع، إذ المشهور في الحديث أنه من طريق مفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن النبي صلى ا عليه وسلم، والمسور بن إبراهيم لا يعلم له سماع من جده عبد الرحمن بن عوف فكان بذلك منقطعاً.

والعلة الثانية: إن مدار الحديث على المسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وهو مجهول العين.

ويجاب عن العلة الأولى: بأن الحديث جاء موصولاً من طريق أخرى، حيث أخرجه ابن جرير الطبري في تهذيب الآثار من طريق أحمد بن الحسين الترمذي قال: حدثنا سعد بن كثير بن عفير قال حدثنا مفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم عن أخيه المسور

---

1 الماوردي – الحاوي الكبير – (٢٢٢/١٧)

2 الشربيني – مغني المحتاج – (١٧٧/٤)

3 انظر: ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٤١٤/٥)، البابرتي – شرح العناية على الهداية – (٤١٤/٥)

4 البيهقي – السنن الصغرى – نسخة الأعظمي – (٣١٣/٧)، الطبري: محمد بن جرير – تهذيب الآثار (الجزء المفقود)– دراسة وتحقيق علي رضا عبد ا – دار المأمون للتراث – دمشق – ط١ – ١٩٩٥م – (ص١٠٦)

بن إبراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف عن النبي صلى ا عليه وسلم – به – فاتصل السند بسماع إبراهيم عن أبيه عن جدّه فانتفت بذلك علة الانقطاع.

وأما العلة الثانية : فيجاب عنها بأنه قد روي القول بمعناه عن مجموعة من كبار أهل العلم كالشعبي والحسن وعطاء على نحو تحصل الثقة بمجموع هذه الروايات لدى الباحث بأن أقل درجات هذا الحديث هو أنه حسن لغيره بل ذهب ابن جرير رحمه ا إلى أبعد من ذلك حين جزم بصحة هذا الحديث فقال: " وهذا خبر عندنا صحيح سنده "([1]) ثم ساق روايات صحيحة عن مجموعة من العلماء تشهد له بذلك. فقد أخرج بسنده عن الشعبي قوله: " السارق يقطع ولا يتبع بشيء أهلكه "([2])، وفي رواية أخرى عنه قال" لا يغرم السارق إلا أن يوجد شيء بعينه "([3])، وكذا أخرج بسند صحيح عن الأشعث عن الحسن أنه " كان لا يُضَمنُ السارق "([4])، ولذا فإني أرى ثبوت هذا النص وبذلك يترجح لديّ ما ذهب إليه الحنفية من عدم اجتماع الغرم مع القطع على السارق، وا تعالى أعلم بالصواب.

---

[1] ابن جرير الطبري - تهذيب الآثار - (ص١٠٣)
[2] ابن جرير الطبري – تهذيب الآثار - (ص١٠٦)
[3] ابن جرير الطبري – تهذيب الآثار - (ص١٠٧)
[4] ابن جرير الطبري – تهذيب الآثار - (ص١٠٦)

موقف القانون من ملكية المضمونات بالضمان:

لم يأت نص صريح في القانون المدني الأردني يثبت أو ينفي ملكية المضمونات إلا أن ما يفهم من بعض المواد التي جاءت تبين أحكام الغصب والتعدي، وأن القانون يأخذ بمذهب القائلين بملكية المضمونات بعد ضمانها، بأثر رجعي مستند إلى وقت وجود سبب الضمان، من ذلك ما جاء في المادة (٢٨١) حيث نصت على أنه إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلا أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمّن الغاصب صح تصرفه وإن ضمّن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب وفقاً لأحكام القانون ".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما نصه " فإن ضمن الغاصب صار الغاصب بالضمان مالكاً للمغصوب بأثر مستند إلى وقت الغصب فصار تصرفه ملكاً له فيصح"([1])

وبهذا يظهر بوضوح أن القانون قد أخذ بمذهب الحنفية في ذلك وهو أن المضمونات ومنها المغصوب، تملك عند أداء الضمان، بأثر رجعي مستند إلى وقت حدوث سبب الضمان، وهذا ما جعله يصحح تصرفات الغاصب في المغصوب إذا أدى ضمانه.

وكان هذا يقتضي أن يأخذ القانون بما تؤول إليه هذه المنهجية من عدم اجتماع القطع والضمان على السارق، كما هو مذهب الحنفية، إلا أن المادة (٢٨٥) نصت على أنّه " من سرق مالاً فعليه ردّه إلى صاحبه إن كان قائماً وردّ مثله أو قيمته إن استهلك ولو قضي عليه بالعقوبة" فأخذ القانون في هذه المسألة بمذهب الشافعية والحنابلة ولم يأخذ بمذهب الحنفية، وقد عللت المذكرة الإيضاحية هذا الاتجاه بأن المسؤولية الجنائية لا تُخل بالمسؤولية المدنية ولا المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية كما نصت على ذلك المادة (٢٧١) من القانون نفسه([2]).

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني – (٣١١/١)

[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني – (٣١٤/١)

الفصل الثالث

تطبيقات الأثر الرجعي للأحكام القضائية في مسائل الأحوال الشخصية

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الأثر الرجعي للحكم القضائي، وضابطه.

المبحث الثاني: الأثر الرجعي للحكم بنفقة الزوجة.

المبحث الثالث: الأثر الرجعي للحكم بإبطال الهبة في مرض الموت.

المبحث الرابع: الأثر الرجعي للحكم بأجرة الرضاع.

المبحث الخامس: الأثر الرجعي للحكم بوجوب العدة الشرعية.

المبحث السادس: الأثر الرجعي للحكم بفسخ النكاح للرِّدّة.

المبحث الأول

مفهوم الأثر الرجعي للحكم القضائي وضابطه

أولاً: مفهوم الحكم القضائي:

اختلفت تعريفات الفقهاء للحكم القضائي، ومن أشهر هذه التعريفات:([1])

أولاً: تعريف مجلة الأحكام حيث عرّفت الحكم القضائي بأنه: " قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها"([2])، وأضاف صاحب الدرر قيدًا آخر في التعريف وهو" على الوجه المخصوص"([3])، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل الحكم الصادر من المُحكم والذي يُعدّ حكماً بالمعنى الاصطلاحي([4]).

ثانياً: تعريف القرافي من المالكية:

عرّف القرافي الحكم القضائي بأنه:" إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا "([5]).

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل الإطلاق في مقابلة الإلزام مع أن الإطلاق يتضمن الإلزام، فلا حاجة لذكر قيد الإطلاق، ثم إنه قصر تعريف الحكم على الحكم الذي يحوز الحجية المطلقة لا مطلق الحكم حيث قصر التعريف على الحكم الواقع في المسائل الاجتهادية، رغم أن الحكم القضائي قد يوجد ولكنّه لا يعتدّ به، وهذا النوع لا يدخل في تعريف القرافي([6]).

ثالثاً: تعريف ابن حجر الهيتمي من الشافعية:

عرّف ابن حجر الهيتمي الحكم القضائي بأنه " ما يصدر عن متول، عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من الالتزامات السابقة له في القضاء على وجهٍ مخصوص "([7]).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يصدق على معظم أعمال القضاء وإن لم تتضمن أحكاماً قضائية. بالإضافة إلى عدم اشتماله على بعض القيود التي تميز الحكم القضائي عن غيره، كقيد (فصل الخصومات)([8]).

---

[1] ذكر الدكتور عبد الناصر أبو البصل معظم تعريفات الفقهاء للحكم القضائي في كتابه نظرية الحكم القضائي، وشرحها وبين ما يؤخذ على كل تعريف منها، بشكل لا مجال للزيادة عليه ولذلك كانت أهم المآخذ على ما ذكرته من تعريفات هي مما ذكره أستاذنا الفاضل.

[2] المادة (١٧٨٦) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام – (٥٧٤/٤)

[4] د. أبو البصل- نظرية الحكم القضائي- (ص٣٩)

[5] القرافي- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ط٢، بيروت، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة- (ص٣٣)

[6] أبو البصل- نظرية الحكم القضائي – (ص٤١)

[7] ابن حجر الهيتمي- الفتاوى الكبرى- ط دار الكتب العلمية - بيروت – (١٩٨/٢)

[8] أبو البصل - نظرية الحكم- (ص٤٦)

رابعاً: تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة الحكم القضائي بأنه: " فصل الخصومات "([1]).

وهو تعريف يفتقر إلى بعض القيود التي تميز الحكم القضائي لا سيّما تلك التي تبين وتوضح الجهة المصدرة له.

خامساً: تعريف المعاصرين للحكم القضائي:

لعلّ من أشمل تعريفات المعاصرين للحكم القضائي تعريف أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين حيث عرفه بأنه:" فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام "([2]).

ويقول الدكتور أبو البصل عقب سياقه لهذا التعريف:" إنّه من أدقّ التعريفات المعاصرة للحكم القضائي إلاّ أنّه رغم أهميته لا يشمل الحكم الضمني"([3])، ولذلك ارتأى الدكتور أبو البصل تعريف الحكم القضائي بأنه:" ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل أو بالامتناع عن فعل أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محل قابل له "([4]).

وهو تعريف تلافى ما في التعريفات السابقة من نقص، ولذا فإنّي أرى أن يعرّف الحكم القضائي بهذا التعريف.

---

[1] البهوتي- شرح منتهى الإرادات - ط٢ - عالم الكتب - ١٩٩٦م - (٥١١/٣)

[2] د. محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى- (٢٠٣/٢)

[3] أبو البصل - نظرية الحكم - (ص٥٢)

[4] أبو البصل – نظرية الحكم - (ص٥٢،٥٣)

ثانياً: مفهوم الأثر الرجعي للحكم القضائي

يقصد بالأثر الرجعي للحكم القضائي: سريان أثر الحكم القضائي وظهوره في المحكوم به الذي تضمنته صيغة الحكم النهائية لا من وقت صدور الحكم بل من وقت سابق على صدوره.

فمن الأحكام القضائية، ما يثبت أثرها في المحكوم به من حين صدورها، ومن ثم لا يكون للحكم في هذه الحالة أثر رجعي، نحو الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع، أو بسبب الحبس، أو بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق، أو غيبته فمثل هذه الأحكام يظهر أثرها في المحكوم به الذي تضمنته صيغة الحكم النهائية وهو التفريق بين الزوجين من حين صدور الحكم[1]، دون أن يكون له امتداد أو سريان على الزمن السابق لصدوره. فيبقى النكاح في الأمثلة السابقة قائماً حتى صدور الحكم، فيبدأ سريان التفريق من حين صدور الحكم لا قبله.

في حين أن ثمة أحكاماً قضائية يظهر أثرها في الإلزام بالمحكوم به لا من حين صدور الحكم فحسب، بل ينسحب ذلك على وقت سابق لصدوره، وهو ما يعني سريان الحكم القضائي بأثر رجعي في مثل هذا النوع من الأحكام، وذلك نحو الحكم الصادر بإلزام الزوج بأجرة الرضاع، فإن هذا الحكم لا يقتصر أثره في إلزام المحكوم عليه بالمحكوم به وهو الأجرة، من حين صدور الحكم فحسب، بل يمتد هذا الإلزام ليشمل تلك الفترة السابقة لصدور الحكم والتي تبدأ من تاريخ الإرضاع[2]، بحيث يكون المحكوم عليه استناداً لهذا الحكم ملزماً بدفع أجرة الرضاع عن جميع الفترة السابقة للحكم، بدءاً من تاريخ الإرضاع ويمتد ذلك إلى الوقت الذي تنقطع فيه الرضاعة ما لم تتجاوز حولين.

---

1 انظر القرارات الاستئنافية رقم: (٣٩٩١٧) بتاريخ ٩٦/١/٩، في التفريق للشقاق والنزاع، والقرار رقم: (٣٢٠١٢٧) بتاريخ ٩٠/١/٣٠، في التفريق للعجز عن دفع النفقة، والقرار رقم: (٤٥٣٧٣) بتاريخ ٩٨/٨/١٢، في التفريق للغيبة والضرر، والقرار رقم: (٣٤٠٧٦) بتاريخ ٩٢/٣/١٤، في التفريق (التطليق) للسجن. حيث نص فيها أن المحكوم به وما يترتب عليه من آثار شرعية كالعدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم.

2 كما نصت على ذلك المادة (١٥٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، وسيأتي مزيد من التوضيح لهذا الحكم في المبحث الرابع من هذا الفصل.

ثالثاً: الضابط الذي يحدد رجعية الحكم القضائي:

وهنا يثور تساؤل حول إمكانية وضع ضابط للحكم القضائي الذي يسري بأثر رجعي، والحكم القضائي الذي يسري أثره من حين صدوره؟ والذي ظهر لي في هذه القضية وذلك بعد استقراء جملة من الأحكام القضائية أنّ مردّ ذلك يرجع إلى طبيعة المحكوم به([1])، وعلاقته بسببه الموجب له شرعاً، ومدى افتقاره أو عدم افتقاره للحكم القضائي الذي صدر متضمناً له، وفيما يلي بيان ذلك:

- فإن كان المحكوم به - وهو لا يخرج عن كونه حكماً شرعياً([2]) – يترتب على سببه الموجب له شرعاً دون توقف على صدور حكم قضائي بذلك، بمعنى أن المحكوم به لا يفتقر في وجوده الشرعي تبعاً لوجود سببه إلى حكم قضائي في ذات الأمر وحقيقته([3])، فإن ما يصدر من أحكام قضائية متضمنة لهذا النوع من الأحكام الشرعية([4]) تكون ذا أثر رجعي. إذ لا يعد دور الحكم القضائي الصادر متضمناً لهذا النوع من الأحكام الشرعية أن يكون مثبتاً لذلك الحكم الحقّ وملزماً به لا من حين صدور الحكم القضائي بذلك فحسب بل من حين تحقق السبب المنشئ لذلك الحق المحكوم به، والسابق في وجوده على صدور الحكم به.

ومثال هذا النوع من الأحكام، إبطال الهبة في مرض الموت - كما سيأتي- فإن هذا الحكم يصدر بأثر رجعي يمتد إلى أول المرض، وذلك لأنّ مرض الموت هو السبب الموجب بذاته شرعاً للحجر على المريض، وهذا يقتضي بطلان ما تم من هبات وتبرعات خلاله، فإن جاء حكم قضائي بذلك بعد حدوثه فإن هذا الحكم يثبت أثره بإبطال الهبة أو التبرع الحادث في مرض الموت لا من حين صدور الحكم بذلك، بل بأثر رجعي يمتد إلى وقت حدوث التبرع في المرض.

ومثاله أيضاً: الحكم الصادر بإلزام الزوج بأجرة الرضاع، فإن السبب الموجب لهذا الحكم الشرعي المحكوم به، هو الإرضاع ذاته، فإذا رفع الأمر إلى القضاء وصدر حكم قضائي في

---

[1] يطلق المحكوم به على معنيين، الأول: الشيء الذي يلزم به القاضي المحكوم عليه، وقد يكون هذا الشيء حقاً تعالى، أو حقاً للعبد، وهذا اصطلاح الحنفية في المحكوم به، وهو الذي عنيته في هذا المبحث. والمعنى الثاني الذي يطلق المحكوم به للدلالة عليه هو الدليل المتبع في الحكم، من كتاب أو سنة، أو إجماع أو قياس. وهذا المعنى للمحكوم به هو اصطلاح المالكية. انظر: علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - (٥٧٦/٤)، ابن فرحون- تبصرة الحكام - (٥١/١)

[2] لأن الحكم القضائي يستند إلى الحكم الشرعي فالقاضي حينما يلزم الخصوم إنما يلزمهم بحكم شرعي. ولهذا قال بعض الفقهاء: إن الحكم إلزام بالحكم الشرعي. انظر: أبو البصل – نظرية الحكم – (ص٥٥)

[3] انظر ما يفتقر في وجوده إلى حكم قضائي وما لا يتوقف وجوده على حكم، عند ابن فرحون – تبصرة الحكام- (٨٣/١- ٨٨) القرافي – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام- (ص١٥١-١٦١)

[4] إذا نظرنا إلى المحكوم به من جهة دليل مشروعيته سمي " بالحكم الشرعي "، وإذا نظرنا إلى علاقته بالمحكوم له أو عليه فيسمى حينها " حقا " ولا تنافي بينهما.

ذلك، فإن هذا الحكم يكون له أثر رجعي يمتد أثره بإلزام المحكوم عليه بالأجرة (المحكوم به) إلى وقت ابتداء الإرضاع، وهو غالباً ما يكون قبل صدور الحكم.

❖ وأما إن كان المحكوم به الذي تضمنته صيغة الحكم النهائية يفتقر إلى حكم قضائي كي يتحقق وجوده شرعاً في حقيقة الأمر، فإن الحكم الصادر في مثل هذا النوع من الأحكام الشرعية إنما يثبت مقتصراً بحيث يبتدئ سريان أثره وظهوره في المحكوم به من حين صدوره.

والأمثلة على ذلك كثيرة، نحو الحكم بفسخ النكاح بسبب عيب في أحد الزوجين، فمثل هذا الحكم ليس له أثر رجعي، فيظهر أثره في المحكوم به وهو (فسخ النكاح) من حين صدوره دون أن يكون له أي أثر سابق، فيبقى النكاح قائماً حتى صدور الحكم، وما ترتب من آثار قبل هذا الحكم تبقى معتبرة شرعاً، ولا يظهر للفسخ أثر إلا من تاريخ صدور الحكم، ومثاله أيضاً التفريق للشقاق والنزاع، حيث عدّه القانون طلاقاً بائنا بينونة صغرى، وعليه فإن الحكم القضائي الصادر بذلك ليس له أثر على الماضي، بل يبتدئ أثره من حين صدور الحكم، فيحكم بالطلاق من تاريخ الحكم، ويستتبع الحكم جميع آثاره من تاريخ صدوره، فتبدأ عدّة المرأة مثلاً من تاريخ الحكم.

والسبب في كون هذا النوع من الأحكام القضائية ليس لها أثر رجعي يرجع إلى أنّ " الحكم الشرعي " الذي تضمنته صيغة الحكم النهائية، يفتقر في وجوده شرعاً إلى حكم قضائي، وهذا يعني أن دور الحكم القضائي الصادر في مثل هذا النوع من الأحكام، يتجاوز قضية الإلزام بها ليمثل جزءاً من السبب ذاته الموجب للحكم الشرعي (المحكوم به) إن لم نقل السبب ذاته، فالعيب الموجود في أحد الزوجين، أو الشقاق والنزاع القائم بينهما، لا تعد أسباباً موجبة بذواتها للتفريق (فسخاً أو طلاقاً) لولا اتصال الحكم القضائي بها، فيتوقف ترتيب الأحكام على مثل هذا النوع من الأسباب على صدور الحكم القضائي، وهو ما يؤكد أن الحكم القضائي الصادر في مثل هذا النوع من الأحكام يمثل جزءاً من السبب إن لم يكن السبب ذاته.

وما يؤكد ذلك أيضاً ما ذكره ابن فرحون في معرض تعداده لأنواع الأحكام من حيث افتقارها إلى حكم قضائي، ما نصّه:" القسم الأول: لا بدّ فيه من حكم الحاكم، وهو ما يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه، وذلك كالطلاق بالإعسار والطلاق بالإضرار والطلاق على المولي([1])، لأنه يفتقر إلى تحقيق الإعسار، وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة أم لا ؟.... وكذلك تحقيق صورة الإضرار، وكذلك يمين المولي ينظر هل هي لعذر أو لغير عذر"([2])، ثم قال بعد ذلك:" إذا تقرر أن هذه المسائل وما أشبهها لا بدّ فيها من حكم

[1] المولي: هو الشخص الذي حلف ألا يقرب زوجته، أي: لا يطأها، وهو مأخوذ من الإيلاء وهو اليمين. انظر: ابن بطال- النظم المستعذب – (١٣٥/٢)

[2] ابن فرحون - تبصرة الحكام - (٨٤،٨٣/١)

الحاكم، فهل صدور الطلاق فيها صادر عن الحاكم، أو عن الزوجة، أو بعضه عن الحاكم وبعضه عن الزوجة؟ اختلف في المسألة "([1]). أ.هـ

فهذا الذي ذكره ابن فرحون يشير بوضوح إلى ما ذكرته من أن الحكم القضائي الصادر فيما يفتقر إلى ذلك الحكم يتجاوز كونه إلزاماً بالمحكوم به - ليمثل سبب ذلك الأمر المحكوم به - وهو ما عناه ابن فرحون بقوله:" فهل صدور الطلاق فيها صادر عن الحاكم ؟ " أو أن الحكم القضائي يمثل جزءاً من سببيّة المحكوم به، وهو ما عناه ابن فرحون بقوله:" أو بعضه عن الحاكم وبعضه عن الزوجة "، وحتى على القول الثالث في المسألة وهو احتمال كون الطلاق صادراً عن الزوجة، فقد جعل صدوره عن الزوجة متوقفاً على إذن القاضي لها بذلك، فهي وإن ملكت الطلاق في حال الإعسار أو الغيبة فإنما تملك ذلك بتفويض من القاضي([2]) فيكون الحكم القضائي على هذا القول الأخير إما سبب السبب أو شرط السبب.

وسواء قلنا بأن الحكم القضائي هو سبب المحكوم به، أو جزء سببه، أو شرط سببه، فإنه لا يتصور سريان أثره قبل صدوره لما يلزم من ذلك تحقق الحكم قبل سببه، أو قيام المشروط قبل شرطه وهو محال.

مما سبق نخلص إلى أن الحكم القضائي يسري بأثر رجعي فيظهر أثره في المحكوم به من وقت سابق على صدوره إذا كان الشيء المحكوم به يترتب على سببه الموجب له شرعاً دون احتياجه إلى حكم قضائي، حتى إذا ما ثار نزاع حول ذلك الشيء وصدر بشأنه حكم كان لذلك الحكم أثر رجعي يمتد إلى وقت انعقاد سبب الشيء المحكوم به.

وسأتناول في هذا الفصل خمسة نماذج عملية لهذا النوع من الأحكام وفقاً لما يجري عليه العمل في القضاء الشرعي الأردني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، وذلك في المباحث الخمسة الآتية:

---

[1] ابن فرحون - تبصرة الحكام - (٨٤/١)

[2] ابن فرحون – تبصرة الحكام - (٨٤/١)، حيث جاء فيه نقلا عن أحد فقهاء المالكية:" أن من قامت في مغيب زوجها بعدم النفقة ونظر في أمرها بما يجب النظر للغائب، فإن القاضي يبيح لها أن تطلق نفسها طلقة يملك الغائب فيها رجعتها إن رجع موسرا في عدتها " أ.هـ فقوله: فإن القاضي يبيح لها أن تطلق نفسها، يدلّ على ما ذكرته من أنه على القول بأن الطلاق صادر عن الزوجة، فإنها تملك ذلك من قبل القاضي، فكان حكم القاضي بمثابة سبب السبب أو شرطه.

المبحث الثاني

الأثر الرجعي للحكم بنفقه الزوجة

تعريف نفقة الزوجة:

هي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى ونحوها([1])

مشروعيتها:

نفقة الزوجة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى:" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِما آتَاهُ اللهُ {٧}"([2])، ومن السنة قوله صلى ا عليه وسلم:" اتقوا ا في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهنّ بأمانة ا ، واستحللتم فروجهنّ بكلمة ا ، ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"([3]).

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك بقوله:" اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بَالِغِين إلا الناشز منهن "، وعزا هذا القول إلى ابن المنذر وغيره "([4]).

سبب وجوبها:

سبب وجوب نفقة الزوجية هو احتباس الزوجة لحقّ الزوج، ومن المقرر أن من حُبس لِحَقّ غيره كانت النفقة على هذا الغير([5])، واختلاف الفقهاء في بداية وقت هذا الوجوب، فعند الحنفية يبدأ من حين العقد الصحيح([6])، وعند الجمهور من وقت تسليم الزوجة نفسها لزوجها([7])، وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية فجاء في المادة السابعة والستين:" تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ".

---

1 د. عمر الأشقر- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني – (ص١٩٧)

2 سورة الطلاق

3 أخرجه الترمذي، سنن الترمذي – باب " ومن سورة التوبة " - (ص٦٩٢) – حديث رقم (٣٠٨٧)، وابن ماجه – باب حقّ المرأة على الزوج – (ص٣٢٢) – حديث رقم (١٨٥١)، وأحمد – المسند – (٢٩٩/٣٢)

4 ابن قدامة- المغني- (٥٦٤/٧)

5 ابن عابدين- حاشية ردّ المحتار- (٥٧٢/٣) الميرغناني- الهداية بشرح فتح القدير- (٣٧٩/٣)، ابن قدامة – المغني- (٥٦٤/٧)

6 ابن عابدين- حاشية ردّ المحتار - (٥٧٢/٣)

7 الحطاب- مواهب الجليل – (١٨٢/٤) الشربيني- مغني المحتاج - (ص٤٣٥)، ابن قدامة – المغني- (٥٦٤/٧)

حكم النفقة عن المدة السابقة للتراضي أو التقاضي:

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة عن المدة السابقة للتراضي أو التقاضي على قولين:

الأول: إن النفقة السابقة للتراضي أو التقاضي تسقط عن الزوج، ولا تتحول إلى دَيْنٍ في ذمته، فإذا أنفقت الزوجة على نفسها مدة من الزمن لامتناع الزوج عن الإنفاق، فإنّ هذه النفقة لا تكون ديناً على الزوج، ومن ثَمّ لا يحق للزوجة المطالبة بها قضائياً، وهذا ما ذهب إليه الحنفية([1]) والحنابلة في رواية([2]).

وقد علل الحنفية مذهبهم هذا بأن نفقة الزوجة ذات طبيعة مزدوجة فهي تحمل معنى الصلة من جهة ومعنى العوض من جهة أخرى، فمن حيث أنها صلة قيل بسقوطها بمضيّ المدة من غير قضاء أو صلح عليها قياساً على نفقة الأقارب. ومن حيث إن فيها معنى العوض قيل بثبوتها قضاءً أو صلحاً([3]).

القول الثاني: إن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة، وللزوجة المطالبة بما أنفقت على نفسها إبّان امتناع الزوج عن الإنفاق وتصبح النفقة أثناء ذلك دَيْناً في ذمةِ الزوج، ومن ثم جازَ المطالبة بها قضاءً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية([4]) والشافعية([5]) والحنابلة في الراجح من المذهب([6]).

الأدلة:

استدل هذا الفريق على عدم سقوط نفقة الزوجة بمضي المدة، بالأدلة التالية:

١. ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي ا عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى([7]).

٢. ولأن نفقة الزوجة تجب في حالتي اليسار والإعسار فلا تسقط بمضي المدة قياساً على أجرة العقار وسائر الديون([8]).

---

[1] الميرغناني- الهداية بشرح فتح القدير- (٣١٣/٤)، ابن عابدين- حاشية ردّ المحتار- (٥٩٤/٣)، الكاساني- بدائع الصنائع - (٢٥،٢٦/٣)

[2] ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)

[3] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٣٩٣/٤)، ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)

[4] المواق- التاج والإكليل- (١٩٣/٤)، الحطاب- مواهب الجليل- (١٩٣/٤)

[5] الشربيني- مغني المحتاج - (٤٤١/٣)، الشيرازي – المهذب - (٢١٠/٢)

[6] ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)

[7] انظر: ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)، والأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - (٧٧٣/٧)

[8] ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)، الشيرازي- المهذب - (٢١٠/٢)

وردّ هذا الفريق على قياس الحنفية نفقة الزوجة على نفقة الأقارب، بأنه قياس مع الفارق إذ يعتبر في نفقة الأقارب يسارُ من وجبت له وإعساره، فإذا مضى زمانها استغنى عنها كما لو تركها ليسارَه بخلاف نفقة الزوجة فإنها تجب في حالي اليسار والإعسار[1].

الترجيح:

لعل ما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة هو الراجح سياسة لا أصالة، وبيان ذلك:

إن الأدلة القائمة ترجح جانب الجمهور في هذه القضية من حيث أنّ هذه النفقة وجبت حقاً للزوجة على زوجها ولا يملك أحد إسقاط هذا الحق ولا يصلح مضي الزمان لإسقاط هذا الحق لا سيما أنّه ثابت بالنص والإجماع.

إلاّ أن السياسة الشرعية تقتضي الأخذ بمذهب الحنفية من الوجهة القضائية لا الديانية، بمعنى أن حق الزوجة يبقى ثابتاً في ذمة الزوج ديانة حتى إنه آثم بعدم أدائه إليها، إلا أنه لا تسمع الدعوى بهذه النفقة عن مدة سابقة، ووجه هذه السياسة هو سدّ ذريعة انتقام الزوجات اللاتي لا يخفن ا تعالى من أزواجهن لا سيما في هذا الزمن الذي انتشر فيه الفساد، وقلّ فيه الوازع الديني عند الكثير. فلن يتوانى هذا الصنف من الزوجات عن الادّعاء على أزواجهن بعدم الإنفاق مدة طويلة ، وكلربما كانت عشر سنين، الأمر الذي سيوقع الأزواج في مشقة غير محتملة في حال عجزهم عن دفع هذه الدعاوى[2].

موقف القانون:

أخذ القانون بمذهب الحنفية فأسقط حقّ المطالبة بالنفقة عن مدّة سابقة لتقديرها من قبل القاضي أو الصلح عليها، وجعل مبدأ فرضها من حين طلبها قضاءً، فجاء في المادة السبعين: " وتلزم النفقة إمّا بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي".

---

1 ابن قدامة - المغني- (٥٧٨/٧)

2 انظر: الأشقر- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية- (ص ٢٠٦)، ولقد كان العمل على ذلك في قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر في عام (١٩٢٠) الذي قرر في مادته الأولى:" أن نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً تعتبر ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه، بلا توقف على قضاء أو تراض منهما، ولا يسقط دينها إلا بالقضاء أو الإبراء "، ثم لمّا طبق هذا القانون أصبح كثير من النساء يطالبن أزواجهن بنفقات عن مدة طويلة جداً ويثبتن ذلك بالشهادة فوقع الأزواج في حرج شديد، حتى اضطر القانون إلى تحديد الفترة المسموح الإدعاء بالإنفاق فيها بثلاث سنوات، وفقا لنص المادة (٩٩)، ورغم هذا التعديل إلا أن الناس ما زالوا في حرج من هذه المادة إذ ليست السنوات الثلاث بالزمن اليسير، انظر: د. عمر الأشقر- الواضح في شرح قانون الأحوال – (ص٢٠٦)، في الهامش، نقلاً عن محمد محيي الدين عبد الحميد.

ويفهم من هذه المادة أمور:

أولاً: إنّ النفقة لا تصبح ديناً في ذمة الزوج إلا بأحد أمرين: الأول هو الحكم بها، والثاني: التراضي على مقدار معين بين الزوجين.

ثانياً: لا تسمع دعوى الزوجة بالنفقة عن المدة السابقة لهذين الأمرين.

ثالثاً: إذا صالحت الزوجة زوجها على أن يفرض لها مقداراً معيناً من النفقة ثم امتنع الزوج عن تسليمها هذه النفقة المقدرة فإنه يحق لها المطالبة بهذه النفقة عن تلك المدة أمام القضاء، ولو طالت، وكذا لو صدر حكم النفقة ثم امتنع الزوج عن هذه النفقة المقدرة قضاءً، فلها بعد ذلك أن تطلب تنفيذها عن طيلة المدة التي امتنع الزوج عن أداء النفقة فيها.

مما سبق نخلص إلى أنّ الحكم الصادر في دعوى نفقة الزوجة يسري بأثر رجعي على اختلاف في مدى هذه الرجعية.

فعلى رأي جمهور الفقهاء يثبت هذا الحكم بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق.

وأما على رأي الحنفية فيسري بأثر رجعي يمتد إلى فترة لا تتجاوز الشهر([1]). وأمّا على رأي القانون فإن الحكم الصادر في دعوى نفقة الزوجة يثبت بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ رفع الدعوى([2]).

وعليه لو أنّ زوجة رفعت دعوى بتاريخ ٢٠٠٤/٣/١م تطلب فيها الحكم لها بنفقة الزوجية مدعية أن زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي قد تركها دون إنفاق من تاريخ ٢٠٠٣/٦/١م رغم أنها مسلمة نفسها إليه وهو متمكن من الاستمتاع بها لولا تركه إياها وإعراضه عنها. فعلى تصور أن الدعوى فصلت وصدر الحكم فيها لصالح الزوجة بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١م، فإن هذا الحكم المتضمن إلزام الزوج بنفقة زوجته يسري بأثر رجعي من تاريخ رفعها للدعوى أي من تاريخ ٢٠٠٤/٣/١م عملاً بالمادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، فيلزم الزوج بدفع نفقة ثلاثة شهور سابقة في المثال المذكور.

---

[1] ابن الهمام- شرح فتح القدير- (٣٩٣/٤)

[2] انظر القرارات الاستئنافية في ذلك عند: أحمد الداود- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية – (١١٠١/٢- ١١٩٢)

المبحث الثالث

الأثر الرجعي للحكم بإبطال الهبة في مرض الموت

ومن الأحكام القضائية التي تثبت بأثر رجعي- في إطار القضاء الشرعي الحكم الصادر بإبطال الهبة الحادثة في مرض الموت، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً: مفهوم مرض الموت:

مرض الموت – كما عرفته المجلة- هو:" المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إذا كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن([1]).

ويلحق بمرض الموت – حكماً- كلّ حالة غاب على الظن هلاك الشخص فيها، نحو المُقَدم للقصاص، ومن أدركه الغرق، أو من وقع في الأسر عند من يعرف عنهم قتل الأسير. وغير ذلك من الحالات التي يغلب على الظن هلاك المرء فيها([2]).

حكم الهبة في مرض الموت:

اختلاف الفقهاء في حكم الهبة في مرض الموت على قولين:

القول الأول: إن حكم الهبة في مرض الموت هو حكم الوصية، فإن كانت لأجنبي صحت من الثلث وما زاد فموقوف على إجازة الورثة. ولو كانت لوارث، فموقوفة كلها على إجازة بقية الورثة.

فالهبة في مرض الموت - على هذا القول - ينسحب عليها حكم الوصية لا فرق. وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية([3]) والمالكية([4]) والشافعية([5]) والحنابلة([6]).

---

[1] المادة: (١٥٩٥) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] انظر: علي حيدر- درر الحكام - (١٣٧/٤)، ابن رشد - بداية المجتهد - (١٥٩/٤)، الشربيني - مغني المحتاج - (٥١،٥٢/٣)

[3] الكاساني- بدائع الصنائع - (٣٧٠،٣٧١/٧)، علي حيدر- درر الحكام - (٤٨٣/٢)

[4] الحطاب- مواهب الجليل- (٥١/٦)، ابن رشد - بداية المجتهد- (١٥٩/٤)

[5] الشربيني – مغني المحتاج - (٥٠/٣)، الشيرازي - المهذب - (٥٩١/١)

[6] ابن قدامة - المغني- (٧١/٦)

الأدلة:

استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالأدلة الآتية:

١. ما روي عن عمران بن حصين:" أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم النبي صلى ا عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة "([1]).

وجه الاستدلال: إن النبي صلى ا عليه وسلم لم ينفذ من العتق – على قوته وتشوف الشارع له - سوى الثلث، وردّ ما زاد فكان غيره من الهبات أولى بهذا الحكم([2]).

٢. عن أبي هريرة رضي ا عنه أن النبي صلى ا عليه وسلم قال:" إن ا تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم وجعل ذلك زيادة لكم في أعمالكم "([3])، فدلّ الحديث بمفهومه على أنّه لا يصح التبرع بأكثر من الثلث حال مرض الموت([4]).

٣. القياس على الوصية: لتعلق حق الورثة بالمال، لأن الظاهر من حال مريض مرض الموت هو تحقق الموت([5]).

القول الثاني: إن الهبة وسائر العطايا والتبرعات الواقعة في مرض الموت نافذة من جميع المال ولا فرق في ذلك بين مريض وصحيح. وهو مذهب ابن حزم الظاهري([6]).

الأدلة:

استدل ابن حزم على قوله هذا بعموم النصوص الآمرة بالمعروف وفعل الخير ومن جملته العطية في مرض الموت، نحو قوله تعالى:" وَافْعَلُوا الْخَيْرَ {٧٧}"([7]) وقوله تعالى:" وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ {٢٣٧}"([8])، وجه الاستدلال: إنّ ا تعالى لم يخصّ صحيحاً من مريض ولا آمناً من خائف، ولم يرد نصّ يخص المريض في اعتبار عطاياه من ثلث ماله فيبقى على الأصل([9]). وحمل ابن حزم ما استدل به جمهور الفقهاء على الوصية([10]).

---

[1] رواه مسلم (١٢٨٨/٣)، وأبو داود – (٢٦٦/٤)، والترمذي – (٦٤٥/٣)

[2] ابن قدامة- المغني- (٧١/٦)

[3] رواه ابن ماجه – باب الوصية بالثلث – (ص٤٦٠) - حديث رقم (٢٧٠٩)، والبيهقي- باب من استحب النقصان عن الثلث - (٢٦٩/٦)، وهو حديث حسن بمجموع طرقه، انظر: محمد ناصر الدين – إرواء الغليل – (٧٧/٦)

[4] الشيرازي – المهذب – (٥٩١/١)، ابن قدامة – المغني - (٧١/٦)

[5] الشيرازي – المهذب – (٥٩٦/١)، ابن قدامة - المغني - (٧١/٦)

[6] ابن حزم – المحلى- (٤٠٣/٨)

[7] سورة الحج

[8] سورة البقرة

[9] ابن حزم – المحلى - (٤٠٣/٨)

[10] ابن حزم – المحلى - (٤١٥/٨)

والذي يظهر لي أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، إذ لا فرق يظهر بين الهبة والوصية فكل منها تمليك بغير عوض فوجب أن تأخذ الحكم نفسه لا سيما أن اتصال الموت بالمرض الذي وقعت فيه الهبة؛ شرط للحوقها بالوصية ونفاذها من ثلث التركة([1]).

وما ذكره ابن حزم مردود بأن العتق قد تمّ كما صرح بذلك راوي الحديث، ومن ثم لا يصح حمله على الوصية.

موقف القانون:

لقد نصّت المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية على الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية، ومن بينها (الهبة في مرض الموت) فالهبة في مرض الموت من اختصاص المحاكم الشرعية([2])، وبالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني بصفته قانون الموضوع، فلا تجد نصاً على حكم الهبة الحادثة في مرض الموت، وبالتالي وجب الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فيما يتعلق بهذه المسألة، استناداً إلى المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

وقد سبق بيان مذهب الحنفية في حكم الهبة في مرض الموت من أنها تنفذ في حدود الثلث إن كانت لأجنبي، وما زاد فموقوف على إجازة الورثة وإن كانت لوارث فموقوفة على إجازة بقية الورثة فإن أجازوها صحت ونفذت، وإن أبطلوها بطلت وإن أجازها البعض وأبطلها البعض نفذت في نصيب من أجازها.

وبناء على ذلك فإن دعوى إبطال الهبة في مرض الموت يمكن أن تثار من قبل أكثر من طرف:

- فقد ترفع دعوى إبطال الهبة من الورثة على الموهوب له إذا كان أجنبياً (غير وارث) في حال زيادة الهبة على الثلث، وتكون الدعوى بطلب إبطال الهبة في القدر الزائد عن ثلث التركة.
- وقد ترفع من قبل الورثة على أحدهم، فيما إذا كانت الهبة في مرض الموت لأحد الورثة، ولم يجيزوها، فيطلبوا في دعواهم إبطال هذه الهبة وإدخالها في التركة.

---

[1] الحطاب – مواهب الجليل - (٥١/٦)، الشيرازي - المهذب - (٥٩١/١)

[2] جاء في القرار الاستئنافي (٤٠٧٧٤) ما نصه:" من وظيفة المحكمة الشرعية النظر في دعوى إبطال هبة في مرض الموت، وعلى المحكمة في مثل تلك الدعوى أن تستوضح فيما إذا كان الواهب مريضاً أم صحيحاً عند إجراء التصرف بموضوع النزاع " والقرارين (٢٦٨٢٧) و (٣٢٧٨٩)، وانظر: علي عبابنة - إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية – (ص١٨)

- وقد ترفع الدعوى من قبل الغرماء على الموهوب له سواء كان وارثاً أو غير وارث، وذلك إذا كان الدين مستغرقاً للتركة فيطلبون في دعواهم إبطال الهبة وإدخالها في قسمة الغرماء([1]).

وفي كلّ الحالات السابقة فإنّ الدعوى ترفع في مواجهة الموهوب له. وفي كلّ الحالات التي يحكم فيها بالطلب الذي تضمنته الدعوى وهو إبطال الهبة كلّها أو ما زاد عن الثلث، فإنّ هذا الحكم يسري بأثر رجعي يمتد إلى الوقت الذي تمّ فيه تسلّم الشيء الموهوب. وعليه لو أنّ رجلاً وهب في مرض موته بستانه لغير وارث، وسلّمه إيّاه بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١م، ثم توفي الرجل في مرضه ذاك، بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١م، ثمّ رفع الورثة دعوى إبطال الهبة على الموهوب له، بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١٥م، مدّعين أنّ البستان يزيد عن ثلث تركة مورثهم، ثم صدر الحكم بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١م يقضي بإبطال هذه الهبة، وردّ البستان إلى الورثة ليدخل في التركة ميراثاً حسب الفروض الشرعية، فإنّ لهذا الحكم أثراً رجعياً بحيث يعدّ البستان استناداً إلى هذا الحكم داخلاً في ملكية الورثة من تاريخ ٢٠٠٤/٥/١م وهو التاريخ الذي حصل فيه تسليم البستان، فيكون ما حصل من ذلك البستان من ثمار للورثة، يرجعون بها على الموهوب له في حال استهلاكه لها.

---

[1] علي حيدر- درر الحكام- (٤٨٨/٢)

المبحث الرابع

الأثر الرجعي للحكم بأجرة الرضاع

ومن الأحكام القضائية التي تظهر في المحكوم به بأثر رجعي، الحكم بأجرة الرضاع، وفيما يأتي بيان لذلك.

أولاً: مفهوم الرضاع:

الرّضاع بكسر الراء وفتحها، يقال: رضع الصبي أمّه رضاعاً مثل سمع سماعاً([1])، وهو اسم لمص الثديّ وشرب اللبن([2]).

والرضاع من مسائل الأحوال الشخصية التي تبحث من ناحيتين:([3])

الأولى: من ناحية اعتباره سبباً من أسباب التحريم.

الثانية: من حيث أهميته للطفل، وحكم أخذ الأجرة عليه من قبل المرضعة.

والذي يعنينا في هذا المبحث ما يتعلق بحكم أخذ الأجرة على الرضاع.

حكم أخذ الأجرة على الرضاع:

اتفق الفقهاء على أن للأم المطلقة أخذ الأجرة على إرضاع ابنها إذا انتهت عدتها([4])، واختلفوا في حكم أخذها للأجرة على الرضاع إذا كانت أثناء الزوجية أو خلال العدّة من طلاقٍ بائن أو رجعي، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً: حكم أخذ الأم أجرة على إرضاعها ولدها حال قيام الزوجية:

اختلاف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجوز للأم أخذ أجرة على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية بينها وبين زوجها أب الطفل الرضيع.

وقال بذلك: الحنفية([5]) والمالكية([6]) والشافعية في قول([7]).

ووجه هذا الرأي:

---

[1] ابن بطال- النظم المستعذب - (١٩٩/٢)

[2] الماوردي - الحاوي الكبير- (٤١١/١٤)

[3] أ.د. السرطاوي- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- (ص٥٤٩)

[4] انظر: الميرغناني- الهداية- (٤١٣/٤)، المواق- التاج والإكليل- (٢١٣/٤) النووي - روضة الطالبين - (٤٩٦/٦)، ابن العربي- أحكام القرآن- (٢٨٨/٤)، ابن قدامة- المغني- (٦٢٨/٧)

[5] الميرغناني- الهداية بشرح فتح القدير- (٤١٢/٤)

[6] المواق- التاج والإكليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل- (٢١٣/٤)

[7] النووي- روضة الطالبين- (٤٩٥/٦)، الشيرازي- المهذب - (٢١٥/٢)

١. إن إرضاع الطفل واجب ديانةً على أمه لقوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُن حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ {٢٣٣}"([1])، فإن امتنعت الأم عن إرضاع طفلها لم تجبر قضاءً لاحتمال ضعفها وعجزها، فإن رغبت بإرضاعه مقابل أجرة فقد ظهرت قدرتها على الإرضاع، ومن ثم ظهر الوجوب في حقها، ولا يجوز أخذ الأجرة على الواجب([2]).

٢. إن أوقات الرضاع حق لاستمتاع الزوج، ووجب للزوجة النفقة في مقابل ذلك، فلا تستحق عوضاً آخر([3]).

القول الثاني: يجوز للأم أن تأخذ أجرة على رضاعها لطفلها حال قيام الزوجية بينها وبين زوجها والد الطفل.

وهذا مذهب الحنابلة([4]) والشافعية في القول الراجح عندهم([5]).

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

١. قوله تعالى:" فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُن أُجُورَهُن {٦}"([6])، فدلت الآية على جواز أخذ الأجرة على الإرضاع وهي عامة تشمل الزوجات والمعتدات([7]).

٢. إنّ الرضاع عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد العدّة، فجاز قبلها([8]).

٣. إنّ الرضاع عقد إيجار يجوز مع الأجنبي بإذن الزوج، فجاز معه قياساً على إجارة النفس للخياطة أو الخدمة([9]).

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية ومن معهم:

يرد على استدلالهم بالآية بأنها لا تدل على الوجوب، لقوله تعالى:" وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى {٦}"([10])، فإن اختلف الزوجان فقد تعاسرا، وحيث انتفى الوجوب جاز الأجر([11]).

---

[1] سورة البقرة

[2] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٤١٣/٤)

[3] الماوردي - الحاوي الكبير- (٩٨/١٥)، الشربيني- مغني المحتاج- (٤٥٠/٣)

[4] ابن قدامة - المغني- (٦٢٨/٧)

[5] النووي - روضة الطالبين- (٤٩٥/٦)، الشيرازي- المهذب – ٢(٢١٥/)

[6] سورة الطلاق

[7] ابن قدامة - المغني- (٦٢٨/٧)

[8] النووي - روضة الطالبين- (٤٩٥/٦)، الشيرازي- المهذب – (٢١٥/٢)

[9] ابن قدامة- المغني- (٦٢٨/٧)

[10] سورة الطلاق

[11] ابن قدامة - المغني- (٦٢٨/٧)

ثانياً: مناقشة أدلة الحنابلة والشافعية في الراجح:

إن استدلالهم بالنص لا يسلّم به، إذ المقصود من قوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُن " الآية، هو المطلقات من النساء وليس الزوجات([1]).

ويظهر لي أن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو الراجح، ذلكم أن قوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُن " يدلّ على أن الأم يجب عليها إرضاع طفلها والأب يجب عليه النفقة، والأجر المنصوص عليه في قوله تعالى:" فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُن أُجُورَهُن " هو الرزق والكسوة المنصوص عليها في قوله تعالى:" وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُن وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوفِ {٢٣٣}"([2]) ومن هنا فان الزوجة لا تستحق أجرة على إرضاعها طفلها إلا ما تستوجب من رزق وكسوة ونفقة بوصفها زوجة([3]).

ثانيًا: حكم أخذ الأجرة على الرضاع أثناء العدة:

أ- **المعتدة من طلاق رجعي:** ذهب الحنفية([4]) والمالكية([5]) إلى أن المعتدة من طلاق رجعي لا تستحق أجرة على الرضاع، ووجه هذا القول: أنّ المطلقة طلاقًا رجعيا تعدّ زوجة، إذ لا يقطع الطلاق الرجعي النكاح، فالزوجية قائمة والأم لا تستحق أجرة على رضاع طفلها حال الزوجية([6]).

في حين ذهب الشافعية([7]) والحنابلة([8]) إلى القول بأن الأم تستحق أجرة على الرضاع أثناء العدّة.

ب- المعتدة من طلاق بائن: اختلف في الفقهاء في حكم أخذ الأجرة على الرضاع أثناء العدة من طلاق بائن على قولين:

القول الأول: لا تستحق الأم أجرة خلال العدة من طلاق بائن. وهذا القول هو رواية عند الحنفية([9]).

وقد علّل الحنفية هذه الرواية بأن النكاح باقٍ في بعض أحكامه، حيث تجب للمطلقة النفقة، وحيث ما وجبت النفقة قامت مقام الأجرة، لأنّ الرضاع إنّما يجب في حال كون النفقة واجبة

---

[1] البابرتي- شرح العناية على الهداية - (٤١٣/٤)
[2] سورة البقرة
[3] د. عمر الأشقر- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية - (ص٣١٤)
[4] ابن الهمام – شرح فتح القدير-(٤١٣/٤)
[5] المواق- التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل- (٢١٣/٤)
[6] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٤١٣/٤)
[7] النووي - روضة الطالبين- (٤٩٦/٦)
[8] ابن قدامة - المغني- (٦٢٨/٧)
[9] ابن عابدين - حاشية رد المحتار- (٦١٩/٣)

على الزوج، والمعتدة في حال يجب لها النفقة، فدلّ على وجوب الإرضاع، وإذا ثبت الوجوب انتفى الأجر([1]).

القول الثاني: للمعتدة من طلاق بائن أجرة على الرضاع أثناء العدة، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية([2])، والشافعية([3])، والحنابلة([4]) والرواية الأخرى عند الحنفية([5]).

وقد علل الحنفية هذه الرواية بأن النكاح قد زال فاستحقت الأجرة كما لو انتهت العدة([6]).

موقف القانون:

أخذ القانون بمذهب الحنفية والمالكية والذي ينصّ على عدم استحقاق الأم أجرة على رضاع ولدها حال قيام الزوجية أو كانت معتدة من طلاق رجعي.

أما إن كانت معتدة من طلاق بائن، أو انتهت عدتها، فإنها تستحق الأجرة، وقد نصت على ذلك المادة (١٥٢) حيث جاء فيها:" لا تستحق أمّ الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها، وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها ".

مبدأ تاريخ هذا الاستحقاق:

نصّ القانون على أن أجرة الرضاع تفرض بدءاً من تاريخ الإرضاع فقد جاء في المادة الثالثة والخمسين بعد المائة ما نصه:" وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك ".

وبناءً على ما سبق فإن الحكم الصادر في دعوى أجرة الرضاع، يصدر بأثر رجعي يمتدّ إلى الوقت الذي تحقق فيه إرضاع الصغير.

فلو رفعت دعوى أجرة الرضاع بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١م، تطلب المدعية فيها أجرة رضاعها لطفلها المولود على فراش الزوجية من زوجها فلان، مدعية إرضاعها لهذا الطفل من تاريخ ٢٠٠٤/٤/١م، وهو التاريخ نفسه الذي بدأت فيه عدتها الشرعية من طلاقها البائن، ثم فصلت الدعوى بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١م، وحكم لها بطلبها، فإن هذا الحكم يكون له أثر رجعي يظهر في إلزام المحكوم عليه بالمحكوم به (أجرة الإرضاع) من تاريخ سابق لوقت صدوره، فيلزم بدفع الأجرة من تاريخ ٢٠٠٤/٤/١م.

---

[1] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٤/٤١٣)

[2] المواق - التاج والإكليل- (٤/٢١٣)

[3] النووي- روضة الطالبين- (٦/٤٩٦)

[4] ابن قدامة - المغني- (٧/٦٢٨)

[5] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٤/٤١٣)

[6] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٤/٤١٣)

المبحث الخامس

الحكم بوجوب العدة الشرعية

ومن الأحكام القضائية التي يمكن أن يظهر أثرها في المحكوم به بأثر رجعي الحكم بوجوب العدة الشرعية، وهو حكم لا يصدر في غالب الأحيان استقلالاً، بل يصدر تبعاً لحكم آخر، نحو الحكم بثبوت الطلاق أو الحكم بوفاة شخص، أو نحو ذلك من الأحكام القضائية التي تستوجب النصّ على وجوب العدة لكونها أثراً لازماً للمحكوم به أصالةً في دعاوى إثبات الطلاق أو الوفاة أو الفسخ، وفيما يأتي بيان لمفهوم العدة ومشروعيتها وسبب وجوبها، تمهيداً لبيان الأثر الرجعي للحكم بوجوبها.

أولاً: مفهوم العدّة:

العدّة لغة: الإحصاء([1]).

واصطلاحاً: هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت([2]).

مشروعيتها:

العدة مشروعة بالنص والإجماع:

فمن النص قوله تعالى:" وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبصْنَ بِأَنفُسِهِن ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ {٢٢٨}"([3]) وقوله تعالى:" وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدتُهُن ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ {٤}"([4]) وقوله تعالى:" وَالذِينَ يُتَوَفوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبصْنَ بِأَنفُسِهِن أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً {٢٣٤}"([5]).

ومن السنة ما روي عن نافع أن عبد ا بن عمر رضي ا عنهما طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول ا صلى ا عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول ا صلى ا عليه وسلم:" مُره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمسّ، فتلك العدة التي أمر ا أن يطلّق لها النساء"([6]).

---

[1] المعجم الوسيط - (٥٨٧/٢) مادة :" عدّ ".

[2] ابن الهمام - شرح فتح القدير- (٣٠٧/٤)

[3] سورة البقرة

[4] سورة الطلاق

[5] سورة البقرة

[6] رواه البخاري، كتاب الطلاق – باب قول ا تعالى:" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ". حديث رقم (٥٢٥١)، انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري – (٢٥٨/٩)، ومسلم ، كتاب الطلاق، (١٧٩/٤) واللفظ للبخاري.

وأما الإجماع: فقد اتفقت الأمة على مشروعية العدة، وإن وقع خلاف في بعض أحكامها([1]).

سبب مشروعية العدة:

تجب العدّة في الحالات الآتية:([2])

أولاً: الفرقة بطلاق أو فسخ في العقد الصحيح، إذا حصل دخول أو خلوة صحيحة، فإن وقع الطلاق أو الفسخ قبل الدخول والخلوة، فلا عدة على المرأة.

ثانياً: الفرقة بسبب وفاة الزوج، وتجب العدة في هذه الحالة سواء حدثت الوفاة قبل الدخول أم بعده.

ثالثاً: الوطء بشبهة أو بالعقد الفاسد: ولا تثبت العدة فيها إلا بالدخول.

الوقت الذي تبدأ فيه العدّة:

تبدأ العدة عقب وقوع الطلاق، أو حدوث الوفاة ولا يشترط في ذلك علم الزوجة بالطلاق أو الوفاة، لأن سبب العدة هو الطلاق أو الوفاة وإذا وجد السبب وجد المسبب، ولأنّها أجل، فلا يشترط العلم بمضيّهُ([3]).

وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية، فقد نصت المادة (١٤١) على أن:" مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة وقوع الطلاق أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال ".

ولقد سبق أن ذكرت أنّ الحكم بوجوب العدة لا يصدر استقلالاً بل يصدر تبعاً لحكم آخر وفي دعوى يكون المقصود منها أصالة الحصول على حكم بوجوب العدة، وإنما يكون أمراً آخر نحو إثبات الطلاق أو الوفاة وبناءً على ذلك:

لو أن زوجة رفعت دعوى إثبات طلاق بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١م، مدّعية أنّ زوجها طلقها بتاريخ ٢٠٠٤/١/١م، ولم يرجعها إلى عصمته لا قولاً ولا فعلاً، وتطلب الحكم لها بطلقة رجعية آلت إلى بائنة تملك بها نفسها وأنكر الزوج ذلك، وقامت البينة على وقوع الطلاق، وصدر الحكم بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١م، يقضي بثبوت الطلاق المدّعى به، فإنّ هذا الحكم يستتبع حكماً آخر هو الحكم بوجوب العدة الشرعية بأثر رجعي يستند إلى تاريخ وقوع الطلاق وهو ٢٠٠٤/١/١م وليس إلى تاريخ صدور الحكم. فيكون قد مضى من عدة الزوجة في هذه الدعوى خمسة شهور، وهو وقت كاف لانقضاء عدة الزوجة إن لم تكن حاملاً.

---

[1] ابن قدامة – المغني – (٤٤٨/٧)

[2] الميرغناني – الهداية بشرح فتح القدير – (٣٢٩/٤)، السرطاوي – شرح قانون الأحوال الشخصية – (ص٥٢٢)

[3] البابرتي – العناية – (٣٢٩/٤)، ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٣٢٩/٤) الإبياني – شرح الأحكام الشرعية – (٤٤٣/١)

وهذا الحكم وهو وجوب العدة من تاريخ وقوع الطلاق يكون في حال إثبات الطلاق بالبينة([1])، أمّا لو ثبت الطلاق بإقرار الزوج فقد اختلف الحنفية في وقت بداية العدة على قولين:([2])

الأول: إن بدء العدة يكون من وقت إقرار الزوج بالطلاق.

الثاني: إن بدء العدة يكون من الوقت الذي أسند إليه الطلاق، ولا فرق في القولين بين تصديق المرأة له أو تكذيبها. وجاء رأي ثالث لأحد فقهاء الحنفية يعرف بالسغدي([3])، فوفّق بين الرأيين وقال: إن القول الأول يحمل على الحال التي يكون فيها الزوجان مجتمعين، ويحمل القول الثاني على الحال التي يكون الزوجان فيها مفترقين.

وقد أخذ القانون في هذه الحالة بتوفيق السغدي([4]). وعليه لو أن امرأة ادعت الطلاق على زوجها بتاريخ ٢٠٠٤/٨/١م، مدعية تلفظه بالطلاق بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١م، وأقر الزوج بذلك بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١م، فإنّ الحكم الصادر بثبوت الطلاق يوجب العدة على الزوجة ابتداءً من تاريخ الإقرار أي بدءاً من ٢٠٠٤/٩/١م، وهو التاريخ الذي أقر فيه الزوج بالطلاق، وذلك بعد أن تتثبت المحكمة من اجتماع الزوجين.

فإذا ثبت للمحكمة أن الزوجين كانا مفترقين منذ تلفظ الزوج بالطلاق في التاريخ المذكور، فإن الحكم الصادر بثبوت الطلاق ووجوب العدة على الزوجة يوجبها بأثر رجعي من التاريخ الذي أسند إليه الطلاق وهو في المثال المذكور ٢٠٠٤/٧/١م.

---

[1] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٣٢٩/٤)، الإبياني – شرح الأحكام الشرعية – (٤٤٣/١)

[2] ابن الهمام – شرح فتح القدير – (٣٢٩/٤)، الإبياني – شرح الأحكام الشرعية – (٤٤٣/١)

[3] السغدي: هو علي بن الحسين بن محمد، فقيه حنفي، أصله من السغد في بخارى، ولي بها القضاء، وانتهت إليه رياسة الحنفية، من مؤلفاته: النتف، والشرح الكبير، توفيّ في بخارى، سنة (٤٦١هـ). انظر الزركلي – الأعلام – دار العلم للملايين – (٢٧٩/٤)

[4] انظر القرارات الاستئنافية رقم (١٠٥٥٤)، بتاريخ ١٩٥٩/١٠/١٢م، والقرار رقم (١٢٢٣١) بتاريخ ١٩٦٢/٩/٤م، وانظر: أحمد الداود – القرارات الاستئنافية – (٨٨٩،٨٨٨/٢)

المبحث السادس

الأثر الرجعي للحكم بفسخ النكاح للرّدّة

ومن الأحكام القضائية التي تسري بأثر رجعي في مسائل الأحوال الشخصية الحكم الصادر بفسخ النكاح للردة([1])، وفيما يأتي بيان لهذا الحكم.

أولاً: مفهوم الردة:

الردة لغة: الرجوع([2]).

واصطلاحاً: الرجوع عن الإسلام إلى غيره من الأديان أو إلى غير دين، والمرتد هو المكلّف الذي يرجع عن الإسلام طوعاً إما بتصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعلٍ يتضمنه([3]).

ثانياً: أثر الرّدّة على عقد النكاح:

اتفق الفقهاء على أنّ الرّدّة من موجبات فسخ النكاح وقطعه، فلو ارتد أحد الزوجين فُرق بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده، إلا أنّهم اختلفوا في وقت ثبوت هذه الفرقة إذا حدثت بعد الرّدة بعد الدخول، وذلك على قولين:

القول الأول: تتعجل الفرقة بين الزوجين بارتداد أحدهما ولا يتوقف ذلك على انقضاء العدّة، وهذا مذهب الحنفية([4])، والمالكية([5]) والحنابلة في رواية([6]).

وقد علل هذا الاتجاه قوله بأن الردة كالموت، لأنّها تفضي إليه غالباً، والميت لا يصلح أن يكون محلاً للنكاح فكذا المرتدّ قد ارتفعت صلاحيته للنكاح بردّته([7])، وقاسوا تعجيل الفرقة بالردّة على الفرقة بالإرضاع، فكما أن الفرقة الثابتة بالإرضاع لا تتوقف على انقضاء العدة فكذا الفرقة الثابتة بالردّة بجامع أنّ كلاً منهما أي: الرضاع والردّة، يقطع النكاح([8]).

---

1 وهو من الأحكام التي تثبت تبعا للحكم بثبوت الردة، فالدعوى التي تثار ابتداءً هي دعوى إثبات ردّة، فإذا ما صدر حكمٌ بذلك، فإنه يستتبع حينها الحكم بالتفريق بين الزوجين.

2 انظر: الفيومي – المصباح المنير – (٣٠٦/١)، الراغب الأصفهاني – المفردات - (١٩٣/١)

3 ابن جزي – القوانين الفقهية – (ص٣٩٤)

4 الكاساني – بدائع الصنائع – ٣٣٧/٢، الإبياني – شرح الأحكام الشرعية – (٤٢٢/١)

5 المواق – التاج والإكليل – (٢٩٤/٦)

6 ابن قدامة – المغني – (٦٣٩/٦)

7 الكاساني – بدائع الصنائع – (٣٣٧/٢)

8 ابن قدامة – المغني – (٦٣٩/٦)

القول الثاني: لا تتعجل الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة ولم يرجع المرتد منهما، وقعت الفرقة من حين الردّة، وهو مذهب الشافعية([1]) والحنابلة في الرواية الأخرى([2]).

واستدلّ هذا الفريق على قوله هذا بقياس ردّة أحد الزوجين على إسلام أحد الزوجين وإباء الآخر، بجامع اختلاف الدّين في الحالين، فكما أنّ الفرقة لا تتعجل بإسلام أحدهما دون الآخر، فكذا ردته . ورجّح ابن قدامة هذا القياس على قياس الردّة على الرضاع([3]).

موقف القانون:([4])

يأخذ القانون بمذهب الحنفية في هذه المسألة وهو تعجيل الفرقة بردة أحد الزوجين، وذلك استناداً إلى نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

وبناءً على ما سبق فإنّ الحكم الصادر بثبوت الردّة وفسخ النكاح تبعاً لهذا الثبوت، يسري بأثر رجعي يستند إلى الوقت الذي حدثت فيه الردة، لأن الردة توجب التفريق بذاتها دون التوقف على حكم قضائي بذلك، حتى إذا ما أثيرت دعوى ردة من قبل أحد الزوجين في مواجهة الآخر، أو أثيرت باسم الحق العام، وثبتت، فإن الحكم الصادر بذلك والمتضمن فسخ النكاح يستند إلى وقت حدوث الردّة، فيُعَدّ النكاح مفسوخاً من وقت الرّدّة لا من وقت صدور الحكم بذلك. فلو أنّ امرأة رفعت دعوى بتاريخ ١٩٩٥/٦/١م على زوجها، تطلب فيها الحكم بالتفريق بينها وبين زوجها، مدعية ردّته ولحوقه بالبهائية من تاريخ ١٩٩٥/٣/١م، وأنها منذ ذلك التاريخ لم تجتمع به وفارقته إلى بيت والدها، وأنه لم يرجع إلى الإسلام حتى تاريخ رفع هذه الدعوى، وأثبتت دعواها، فإنّ الحكم الصادر في هذه الدعوى بتاريخ ١٩٩٥/١٢/١م سيقضي بثبوت ردّة المدعى عليه، لا من تاريخ صدور الحكم فحسب، بل من تاريخ حدوث الردة وهو ١٩٩٥/٣/١م وهو ما يقتضي فسخ النكاح بأثر رجعي من تاريخ الردّة لا من تاريخ صدور الحكم فحسب أي من ١٩٩٥/٣/١م.

---

[1] الشربيني – مغني المحتاج – (١٩٠/٣)

[2] ابن قدامة – المغني – (٦٣٩/٦)

[3] ابن قدامة - المغني – (٦٣٩/٦)

[4] المحكمة الشرعية صاحبة النظر والفصل في دعاوى الردة والآثار المترتبة عليها شرعاً لأنها تعتبر من الأحوال الشخصية. انظر القرارات الاستئنافية. رقم (٩٣٢٥)، و(٢٠٧٦٧)، و(٢٣٩٠٧)، و(٣١٢٣٨).

الفصل الرابع

تطبيقات الأثر الرجعي في العقوبات

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم العقوبة وخصائصها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: خصائص العقوبة.

المطلب الثالث: مبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالأثر الرجعي.

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الرجعية في الفقه ، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: الأثر الرجعي في عقوبة اللعان.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في عقوبة الظهار.

المطلب الثالث: الأثر الرجعي في عقوبة الحرابة.

المطلب الرابع: الأثر الرجعي في عقوبة القذف.

المطلب الخامس: الأثر الرجعي في عقوبة القصاص.

المطلب السادس: الخلاصة والنتائج.

المبحث الثالث: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الرجعية في القانون ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الأثر الرجعي في القوانين الموضوعية.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في القوانين المتعلقة بالتقادم.

المطلب الثالث: الأثر الرجعي في القوانين المؤقتة ومحدودة الفترة.

المطلب الرابع: الأثر الرجعي في القوانين الإجرائية.

المبحث الأول

تعريف العقوبة وخصائصها

المطلب الأول

تعريف العقوبة

أولاً: تعريف العقوبة في اللغة:

العقوبة والعقاب في اللغة بمعنى، وأصله: عاقب، يقال عاقب فلاناً بذنبه معاقبةً وعقاباً أي: جزاه سوءًا بما فعل([1]). ومنه قوله تعالى:" وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ {١٢٦}"([2]). وقيل: إن ما يلحق الإنسان إذا كان في الدنيا قيل له: عقوبة، وإن كان في الآخرة قيل له عقاباً([3]).

ثانياً: تعريف العقوبة في الاصطلاح:

تعرف العقوبة في اصطلاح الفقهاء بأنها الألم الذي يلحق الإنسان مستحقاً على الجناية، وعرفها بَعْضَهُم بأنها: الضرب أو القطع ونحوها، سمّي بها لأنها تتلو الذنب أي تعقبه وتتبعه([4]). في حين عرّفها كثير من المعاصرين بأنها: الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع([5]).

والذي يظهر لي أن تعريف المعاصرين للعقوبة بأنها: الجزاء، أكثر شمولاً من تعريفها بأنها الضرب، أو القطع، إذ من المعلوم أن العقوبة لا تقتصر على ذلك، ومن هنا فإنني أرى أن تعريف المعاصرين للعقوبة هو تعريف جامع.

---

[1] انظر: إبراهيم أنيس وآخرون – المعجم الوسيط – (٦١٣/٢)، مادة:" عقب ".

[2] سورة النحل

[3] انظر: ابن منظور – لسان العرب – مادة:" عقب "، الموسوعة الفقهية الكويتية – (٢٦٩/٣٠)

[4] ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – (٣/٤)

[5] انظر: عبد القادر – التشريع الجنائي – (٦٠٩/١)، وانظر قريباً منه – البهنسي: أحمد فتحي – العقوبة في الفقه الإسلامي – القاهرة – دار الكتاب العربي – ١٩٥٨م ص١٣

المطلب الثاني

خصائص العقوبة

تمتاز العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي بعدة خصائص، تجعلها متميزةً في طبيعتها ونتائجها عن تلك المقررة في القوانين الوضعية، وسأبين في هذا المطلب أهم هذه الخصائص، لما لها من صلةٍ بموضوع البحث.

الخاصية الأولى: شخصية العقوبة:

ويقصد بشخصية العقوبة: أن العقوبة في التشريع الإسلامي توقع على شخص الجاني أو أشخاص الجناة ولا تتعداهم إلى غيرهم إلا إذا كان هذا الغير مسؤولاً جنائياً بوجه من الوجوه([1])

وقد قرّر الشرع هذه الخاصية بجملةٍ من النصوص، منها قوله تعالى: " وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى {15}"([2]). أي لا تحمل نفسٌ ذنب نفس أخرى، ومنها قوله صلى ا عليه وسلم:" لا تجني نفس على أخرى "([3])، قال شعبة:" أي لا يؤخذ أحد بأحد "([4]). وهذه الخاصية من الخصائص المطلقة للعقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي، بمعنى أنه لا يرد عليها أي استثناء، إلاّ ما عدّه البعض من أن تحميل العاقلة الدية في جناية الخطأ، هو من قبيل الاستثناء من هذه الخاصية([5]). وسواء وافقنا هذا الرأي أم خالفناه، فإن ذلك لا يخدش تقرير هذه الخاصية كسمة بارزة في التشريع الجنائي الإسلامي.

الخاصية الثانية: العقوبة عامة:

وهذه الخاصية تعني أن العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي يتساوى أمامها الغني والفقير، الشريف والوضيع([6])، فالناس أمام النص المقرر للعقوبة سواء وقد تضافرت النصوص الشرعية الدالة على هذا المعنى. من ذلك ما روي عن عائشة رضي ا عنها قالت:" إن قريشاً أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلّم رسول ا صلى ا عليه وسلم، ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول ا صلى ا عليه وسلم، فكلم رسول ا صلى ا عليه وسلم، فقال: " أتشفع في حد من حدود ا ؟ " ثم قام فخطب فقال:" يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا

---

1 انظر: يوسف علي – فقه العقوبات – منشورات جامعة القدس المفتوحة – ط١ ١٩٩٨م – (ص٢١)

2 سورة الإسراء

3 رواه النسائي – كتاب القسامة – باب هل يؤخذ أحد بجريرة غيره - (ص٧٣٧) - حديث رقم (٤٨٣٢)

4 انظر: سنن النسائي – (ص٧٣٧)

5 بهنسي – العقوبة في الفقه الإسلامي – (ص٤٨)

6 بهنسي – العقوبة في الفقه الإسلامي – (ص٥١)

إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحدّ، وأيم ا لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها "([1]).

ولئن كانت هذه الخاصية من المسلّمات في الفقه الجنائي الإسلامي بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، فإنه قد يرد إشكالٌ بالنسبة لجرائم التعزير، ذلك أن من المقرر فقهاً أن العقوبات التعزيرية قد تختلف باختلاف الأشخاص، تبعاً لما يقرره القاضي في ذلك آخذاً بعين الاعتبار طبيعة الجريمة التعزيرية، وطبيعة الشخص المرتكب لها.

إلا أننا يمكن أن نجيب عن هذا الإشكال بأن من ضرورات العدل مراعاة ظروف الجاني قبل تقرير العقاب تخفيفاً وتشديداً، وإن كانت هذه المرونة غير مستساغة في الجرائم الخطيرة كجرائم الحدود والقصاص، لما قد يترتب على الاختلاف فيها بين شخص وآخر إخلالٌ بأمن المجتمع العام، إلا أن ذلك غير وارد بالنسبة لجرائم التعزير التي غالباً ما تكون أقل خطراً([2])، ومن ثم كانت تلك المرونة التي تقتضي الاختلاف أو التدرج في إيقاع العقاب التعزيري.

الخاصية الثالثة: شرعية العقوبة:

ويقصد بشرعية العقوبة: ضرورة استناد العقوبة إلى نصّ مقرّر لها، حيث لا يترك لأحد حرية العقاب بما يراه، دون أن يكون له في ذلك مستند شرعي([3]).

ولما كانت هذه الخاصية ذات علاقة وطيدة بموضوع الأثر الرجعي في العقوبة، فقد رأيت إفرادها بالبسط والتوضيح مبيناً علاقتها بموضوع الأثر الرجعي في العقوبة، وذلك في مطلب مستقل، كما سيأتي.

الخاصية الرابعة: العقوبة في التشريع الإسلامي رادعة:([4])

ومعنى ذلك أن العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي إذا ما طبقت فإنها تنتج ثمارها المتمثلة في الحفاظ على الضرورات الكلية للمجتمع المسلم، وهو ما يميّزها عن العقوبات الوضعية القائمة على أمورٍ لا تجدي نفعًا في كثير من الأحيان، ولا أدلّ على ذلك من اتساع رقعة الجريمة في المجتمعات المعاصرة، رغم الاستحداث المستمرّ لقوانين العقوبات، إلا أنها عقوبات في حقيقتها لا تقوم على الردع والزجر بالقدر الذي يحقق الأمن للناس على أرواحهم وأموالهم.

---

1 رواه البخاري في صحيحه – كتاب الحدود – باب كراهية الشفاعة في الحد – انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري - (٨٩/١٢)

2 انظر: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٦٢/١)، بهنسي – العقوبة في الفقه الإسلامي، (ص٥١)

3 ويقصد بالمستند الشرعي: الدليل التفصيلي من القرآن أو السنة، أو الإجماع، أو اجتهادات الفقهاء المبنية على القياس والمصادر التبعية الأخرى . انظر: د. محمد نعيم ياسين – الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي – دار الفرقان – (ص٢٣)

4 مسفر الدميني – الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – (ص١٢٠)

الخاصية الخامسة: مناسبة للجريمة:([1])

وتظهر مناسبة العقوبة للجريمة في ذلك التدرج الواقع في العقوبة بحسب نوع الجريمة المراد إيقاع العقوبة على فاعلها، ابتداء من الوعظ والزجر بالكلام إلى التوبيخ أو الضرب الخفيف إلى القطع إلى القتل وهكذا تبعاً لخطورة الجريمة المعاقب عليها. وهذا التّدرج في العقوبة بما يلائم الفعل الجرمي يبرز سمة أخرى للعقوبة في التشريع الإسلامي، وهي سمة العدل، فإن العقوبة في الإسلام عادلة ويظهر ذلك من خلال مناسبتها للجريمة فهي لا تقرر عقوبة قاسية على فعل بسيط. فإن الجاني وإن ظلم لا يُظلم، ولا يُعاقب إلا بالقَدْر الذي يتناسب مع فعله وجرمه. وعادلة من جانب آخر، في أنها تقوم على مبدأ المساواة بين الناس، دون التمييز بين أحد وأحد، لا سيما في تلك الجرائم الخطيرة التي تمس أمن المجتمع وحياة الناس، وسبق أن أشرت إلى ذلك عند بحث خاصية العموم.

[1] يوسف علي ومصطفى نجيب – فقه العقوبات – (ص٢٢)

المطلب الثالث
مبدأ الشرعية الجنائية
وعلاقته بالأثر الرجعي للعقوبة

مفهوم المبدأ:

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الإسلامي أن تجريم أي فعل من الأفعال الصادرة عن الأفراد يجب أن يستند إلى أصل من الأصول المعتبرة في التشريع([1]).

كما لا يجوز إيقاع أية عقوبةٍ مهما كان جنسها على أي فعل إلا إذا دلّ الدليل الشرعي على مشروعية تلك العقوبة([2]).

ومؤدى هذا المبدأ أن يحدد مسبقاً – من قبل الشارع – تلك الأفعال التي يُعدّ ارتكابها جريمةً، كي يكون الفرد في المجتمع على بينةٍ مما يفعل أو يترك، حتى إذا ما ارتكب شيئاً من تلك الأفعال واستحق العقاب، ارتفعت حجّتهُ وانقطع عذره، وهذا يقتضي أن القضاء ليس له مطلق السلطة في تجريم الفعل ، كما أنه ليس له مطلق السّلطة في تقرير الجزاء المترتب على الجريمة، وإنما مرجع ذلك كلّه إلى الشرع([3])، والقضاء يطبق التشريع على الواقعة بعد التثبت من انطباقه عليها.

وهذا المبدأ لهو في غاية الوضوح في التشريع الجنائي الإسلامي، حيث تضافرت النُصوص العامة والخاصّة على تقرير هذا المبدأ، وفيما يأتي بيان لأهمّ هذه النصوص:

أولاً: النصوص العامة:

فمن النصوص العامة التي جاءت تقرر مبدأ الشرعية الجنائية، قوله تعالى:" وَمَا كُنا مُعَذِبِينَ حَتى نَبْعَثَ رَسُولاً {١٥}"([4])، وقوله تعالى:" وَمَا كَانَ رَبكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتى يَبْعَثَ فِي أُمهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا {٥٩}"([5])، وقوله تعالى رسُلاً مَبشرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلا يَكُونَ لِلناسِ عَلَى اللّهِ حُجةٌ بَعْدَ الرسُلِ وَكَانَ اللّهُ عَزِيزاً حَكِيماً {١٦٥}"([6]). فمن خلال هذه النصوص يتضح أن الله عزّ وجلّ قد شاءت حكمته أن لا يعاقب أحداً قبل إنذاره وإعلامه، وهذا من مقتضيات عدل

---

[1] كالقرآن والسنة والإجماع، أو الاجتهادات المبنية على القياس والمصادر التبعية الأخرى.

[2] ويطلق البعض عليه قاعدة:" لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، انظر: عبد القادرة عودة – التشريع الجنائي – (١١٨/١، ١١٩)، بهنسي – العقوبة في الفقه الإسلامي – (ص٣١)، عبود السراج – التشريع الجنائي المقارن – مطبعة رياض – دمشق - (٧٢/١ – ٧٧)

[3] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٤٨/١)

[4] سورة الإسراء

[5] سورة القصص

[6] سورة النساء

ا ورحمته بحيث يكون كلّ امرئ بعد هذا الإعلام وهذا الإنذار على بصيرة مما يمكن له يفعله أو تركه.

ثانياً: النصوص الخاصة:

ومن النصوص الشاهدة على مبدأ الشرعية الجنائية، تلك النصوص الخاصة ببيان عقوبات الحدود والقصاص، حيث جاءت تلك النصوص تبين العقوبة المترتبة على كلّ جريمة من تلك الجرائم، وفيما يأتي استعراض لأهم هذه النصوص.

أولاً: مبدأ الشرعية الجنائية في جرائم الحدود:

١. **عقوبة الزنا:** فقد جاء النص على عقوبة الزاني غير المحصن بقوله تعالى: " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ {٢}"([1]). في حين ثبتت عقوبة الزاني المحصن بالسنة النبوية القولية والفعلية([2]).

٢. **عقوبة القذف:** وقد ثبتت بالنص في قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ {٤}"([3]).

٣. **عقوبة السرقة:** وثبتت عقوبة السرقة بقوله تعالى: " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ {٣٨}"([4]).

٤. **حدّ الردّة:** وقد ثبت بقوله صلى ا عليه وسلم:" لا يحلّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا ا وأني رسول ا ، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة "([5]).

5. **حدّ الشرب:** واستقر الأمر فيه على الجلد ثمانين جلدة استدلالاً بإجماع الصحابة رضي ا عنهم، على ذلك([6]).

٦. **حدّ الحرابة:** فقد نصّ عليه في قوله تعالى:" إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ {٣٣} "([7])

---

1 سورة النور

2 من ذلك قوله صلى ا عليه وسلم :" لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا ا وأني رسول ا ، إلا بإحدى ثلاث: الثيّب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة "، وكذا رجمه لماعز، وغيره كما هو ثابت في السنة.

3 سورة النور

4 سورة المائدة

5 رواه البخاري – كتاب الديات – باب قول ا تعالى أن " النفس بالنفس "، حديث رقم (٦٨٧٨)، ومسلم - كتاب القسامة – باب ما يباح به دم المسلم ، حديث رقم (١٦٧٦)، واللفظ له

6 ابن قدامة – المغني - (٣٠٧/٨)

7 سورة المائدة

فهذه هي جرائم الحدود يظهر فيها مبدأ الشرعية بوضوح، إذ ليس من هذه الجرائم جريمة إلا قد نصّ على عقوبتها، والنصّ على العقوبة يستلزم التجريم، وبهذا يكون كل فعل من الأفعال السابقة قد ثبتت عقوبته وثبت تجريمُه بالنصّ وفي آن واحد. وهذا النوع من العقوبات محلّ اتفاق بين الفقهاء باستثناء تلك الخلافات المتعلقة بكيفية أو شروط تلك العقوبات وليس في ذات العقوبة.

ثانياً: مبدأ الشرعية الجنائية في جرائم القصاص:([1])

والجرائم التي يعاقب عليها قصاصاً هي تلك الجرائم الواقعة على النفس بالقتل أو ما دون النفس بالقطع أو الجرح، أو الإتلاف عمداً، وقد نصّ على عقوبات هذا النوع من الجرائم نصا مباشراً وبينته السنة النبوية بشكل لا يدع مجالاً للاجتهاد، إلا في النزر اليسير منها، فقال تعالى: " وَلاَ تَقْتُلُواْ النفْسَ الِتي حَرمَ اللّهُ إِلا بِالحَق {٣٣}"([2]).

فهذا النصّ يقرّر حرمة الاعتداء على النفس، ثم جاء النص على عقوبة ذلك الفعل بقوله تعالى: " يَا أَيهَا الذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى {١٧٨}"([3])، وبقوله صلى ا عليه وسلم:" من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يقاد وإما أن يفدى "([4]). وقد جاء النصّ على عقوبة القتل شبه العمد والخطأ وأن في ذلك كله الدية، وأما جرائم الاعتداء على ما دون النفس فقد جاء النص على عقوبتها بقوله تعالى " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ {١٧٩}"([5])، وبقوله تعالى:" وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَن النفْسَ بِالنفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسن بِالسن وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدقَ بِهِ فَهُوَ كَفارَةٌ لهُ وَمَن لمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظالِمُونَ {٤٥}"([6]).

وهكذا يظهر أن جرائم الاعتداء على النفس قد تكفل الشرع ببيان عقوباتها بشكل واضح دقيق، مما يؤكد مبدأ الشرعية في هذا النوع من العقوبات([7]).

وقد يشكل الأمر بالنسبة للجراح التي لم يُنصّ على عقوبتها في السنة، فيقال إن المبدأ تخاف بالنسبة لهذا النوع من العقوبات، فالجواب على ذلك بأنّ أصل العقوبة قد حدد من قبل الشرع

---

[1] انظر ذلك مفصلا عند عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٢١/١ – ١٢٦)

[2] سورة الإسراء

[3] سورة البقرة

[4] رواه النسائي – كتاب القسامة – باب هل يؤخذ من قاتل العمد الدية إذا عفا ولي المقتول عنه – (ص٧٣١)- حديث رقم (٤٧٨٥)، وابن ماجه – باب من قتل له قتيل فهو بالخيار – (ص٤٤٦) - حديث رقم (٢٦٢٤)

[5] سورة البقرة

[6] سورة البقرة

[7] انظر : عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٢٢/١،١٢٣)

وما تُرك للقاضي إنّما هو تقدير تلك العقوبة، وبضوابط معينة تقيد وتضبط سلطة القاضي في التقدير([1]).

ثالثاً: مبدأ الشرعية الجنائية في جرائم التعزير:

والتعزيرات عقوبات يقررها القضاء على جرائم لم يشرع فيها حدٌ ولا قصاص.

والأساس في تقدير هذا النوع من العقوبات متروك لسلطة القاضي، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا النوع من العقوبات، وهنا قدر يثور إشكالٌ حول تطبيق الشريعة الإسلامية لمبدأ الشرعية في هذا النوع من الجرائم من ناحيتين:

الأولى: من ناحية تلك السلطة الممنوحة للقضاء في تقدير العقوبة التعزيرية، وهو ما يمثل إشكالاً على مبدأ شرعية العقوبة.

الثانية: من ناحية تلك السلطة الممنوحة لولي الأمر، والمتمثلة في تقييد بعض المباحات في ظل ظروفٍ تقتضي ذلك التقييد، بحيث تَغدو تلك المباحات محظورة يستحق مرتكبها العقوبة بموجب الأمر السلطاني.

وهذا يمثل – في الظاهر – نقضاً لمبدأ الشرعية الجنائية، القاضي بعدم تجريم الفعل إلا بنصّ شرعي.

ويجاب عن الناحية الأولى بأنّ منح القضاء السلطة في تقدير العقوبة وتحديدها في جرائم التعزير لا ينافي استناد تلك العقوبات إلى الأصول الشرعية المعتبرة من الكتاب والسنة والإجماع، والمصادر التبعية الأخرى، وليست هذه السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير العقوبة التعزيرية سُلطة تحكمية، بحيث يعاقب كيفما شاء وبما شاء، بل حقيقة الأمر أنّ الشرع قد نصّ على العقوبات التعزيرية مُبيناً جنسها ونوعها، وحدها الأعلى الذي لا يجوز تجاوزه، ولكنه لم يحدد لكل جريمة حداً معيناً من تلك العقوبات كما فعل في جرائم الحدود والقصاص، إنما ترك للقاضي سلطة اختيار نوع العقوبة الملائمة من بين جملة من العقوبات التي قررها الشرعُ نفسه وذلك كالوعظ، والتوبيخ والهجر، والضرب والسجن، وغير ذلك من العقوبات التي جاء النص عليها في الكتاب والسنة، بحيث يراعي القاضي عند اختياره لنوع العقوبة جملة من العوامل ذات التأثير المباشر في توجيه هذا الاختيار كاعتياد الشخص فعل الجريمة، أو لا، وممّا له علاقة أيضاً ببيئة الشخص وواقعه ونوع الفعل، وغير ذلك([2]).

أما الناحية الثانية للإشكال فيجاب عنها بأنه ليس للإمام ابتداع جريمة أو تجريم فعل لم يُجرّم شرعاً، وإنما له سلطة تقييد بعض المباحات في حال واحدة، هي تلك الحالة التي يحقق فيها نفعاً

---

[1] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٢٤/١)

[2] انظر: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١٤٨/١، ١٤٩)

لعامة المسلمين أو يدفع عنهم ضرراً واقعًا أو متوقعاً، فيكون حينئذ تقييده للفعل عن دليل شرعي وليس عن هوى أو تشّه، بحيث تصبح مخالفة هذه الأفعال التي قضى الإمام بمنعها مخالفة لأوامر الشرع نفسها، القاضية بطاعة الإمام ما لم يأمر بمعصية، ومن ذلك تسعير السلع وإلزام التجار بعدم تجاوز السعر المحدد من قبله دفعاً لضرر الاحتكار الذي يرجع على كافة الناس وحينها يصبح هذا الأمرُ واجباً شرعاً([1]) تحقيقاً لقوله تعالى:" يَا أَيهَا الذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدوهُ إِلَى اللّهِ وَالرسُول إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً {٥٩} "([2]).

---

[1] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي – دار الفكر العربي – القاهرة – (ص٢٩٩)

[2] سورة النساء

مبدأ الشرعية الجنائية في القانون:

تتفق التشريعات القانونية على مبدأ الشرعية الجنائية القاضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، يصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، وبمقتضى هذا المبدأ فإنه لا يُعاقب أحد على فعل ارتكبه ما لم ينص على تجريم ذلك الفعل بنص سابق في صدروه على وقت ارتكاب ذلك الفعل. وقد أقرّت معظم دساتير الدول بهذا المبدأ على اعتبار أنه حقّ من حقوق الإنسان(١)، وقد أجمعت قوانين الدول العربية على هذا المبدأ(٢).

وبالرغم من قوة هذا المبدأ من الناحية التشريعية الواقعية، إلا أنه لم يسلم من النقد، إذ وجه إليه بعض القانونيين النقد بأنه مبدأ جامد لا يساير التطورات الاجتماعية. فالقول بعدم اعتبار الفعل جريمة ما لم ينص عليه مسبقاً ومن ثم عدم العقاب عليه، القول بذلك يجعل القانون الملتزم بهذا المبدأ عاجزًا عن مسايرة ما قد يستجد من أفعال جرمية لم يسبق للقانون أن نص عليها بذاتها(٣).

وقد أجاب البعض عن ذلك بأنّ القوانين الحديثة تلاشت هذا المأخذ وذلك بإعطائها المشرع سلطة التدخل لتجريم الأفعال التي يظهر للسلطة القضائية خطورتها على المجتمع(٤)، كما أن كثيراً من القوانين الحديثة خففت من غلو هذا المبدأ وذلك من خلال النص على الجرائم نصّاً عامّاً بحيث يندرج تحت النص أكبر قدر ممكن من الجرائم، أما بالنسبة لشرعية العقوبة فاتجهت القوانين الحديثة إلى تحديد الحد الأعلى للعقوبة دون الحد الأدنى تاركةً بذلك للقاضي سلطة واسعة في التقدير، تصل في بعض الأحيان إلى درجة الإعفاء من العقوبة(٥).

مبدأ الشرعية الجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث موقفهما من مبدأ الشرعية الجنائية نجد أن الفقه الإسلامي كان أكثر مرونةً في تعاطيه مع هذا المبدأ وبالتالي كان أكثر قدرة على مسايرة المستجدات على المستوى الجنائي وذلك من خلال الجمع بين مسلكي التشريع النصي المباشر المتمثل في تحديد جرائم الحدود والقصاص، ومسلك التشريع النصي العام المتمثل في النص بالعموم على جرائم وعقوبات التعزير، وفتح المجال للسلطة الاجتهادية لإدراج ما يستجد من صور إجرامية تحت تلك العمومات من خلال التوسع في مدلول النص بما يحقق مقصد المشرّع.

---

[1] انظر: محمد محيي الدين عوض – المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الجنائي – (ص٧١)

[2] انظر: المادة (١) عقوبات – أردني – لعام١٩٦٠م - المادة (١) عقوبات – سوري – لعام١٩٤٩م - المادة (١) – لبناني – ١٩٤٣م.

[3] العوا: محمد سليم – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – دار المعارف – ط٢ - سنة ١٩٨٣م – (ص٥٢)

[4] العوا - في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٢)

[5] انظر: مرسي: محمد كامل – شرح قانون العقوبات المصري – (ص١٠٤)، ماهر الدرة – الأحكام العامة في قانون العقوبات – ط ١ – ١٩٩٠م – (ص٦٨)، أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص١٨٣)

وبهذا فقد تفادى التشريع الجنائي الإسلامي ما رُمي به الفقه الجنائي القانوني من الجمود وعدم مسايرة التطورات الاجتماعية.

كما لا يخفى فإنّ التشريع الإسلامي كان هو الأسبق في معرفته وتطبيقه لمبدأ الشرعية الجنائية، إذ لم يُعلم أن القانون قد تطرّق لتطبيق هذا المبدأ إلا قبل قرنين من الزمان فقط([1]).

علاقة الأثر الرجعي بمبدأ الشرعية الجنائية:

سبق أن ذكرنا أن مبدأ الشرعية الجنائية مبدأ راسخ في التشريع الجنائي الإسلامي.

وقامت عليها الأدلة المختلفة من القرآن والسنة، ويرتبط هذا المبدأ بمفهوم الأثر الرجعي في العقوبة ارتباطاً لزومياً سلبياً، بمعنى أن من أهم لوازم مبدأ الشرعية هو عدم تطبيق العقوبة على زمن سابق على صدورها. وبتعبير آخر انتفاء رجعية النصوص الجنائية، أي أن مبدأ الشرعية الجنائية يلزم منه انتفاء الأثر الرجعي في التشريع الجنائي([2])، فلا تطبق العقوبات على وقائع حدثت قبل تشريع تلك العقوبات، إنما يقتصر التطبيق على الوقائع التي تحدث بعد التشريع إعمالاً لمبدأ الشرعية.

ولكن هذه النتيجة المترتبة على مبدأ الشرعية، وهي انتفاء الأثر الرجعي في العقوبة هي قاعدة أو نتيجة أغلبية، قد يرد عليها بعض الاستثناءات كما سيأتي، ومن هنا نخلص إلى أن انتفاء الأثر الرجعي في العقوبة هو الأصل وهو القاعدة العامة في التشريع الجنائي، في حين أن الأثر الرجعي للعقوبة إن وُجِدَ، فهو على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وقد قامت الأدلة المختلفة على هذا المعنى، وفيما يلي بيان ذلك .

الأدلة على انتفاء الأثر الرجعي في التشريع الجنائي الإسلامي:

فكما قلت إن انتفاء الأثر الرجعي للتشريع الجنائي هو القاعدة العامة، وذلك كنتيجةٍ لزومية لمبدأ الشرعية القاضي بتوقف التجريم والعقاب على النّص، وهذه القاعدة العامة إضافة إلى كونها لازماً من لوازم مبدأ الشرعية الثابت بالأدلة النقلية المختلفة، بالإضافة إلى ذلك فإنّ هناك من الأدلة النصية والقواعد الكلية ما يمكن أن يستدل بها لإثبات قاعدة انتفاء الأثر الرجعي في الأحكام الجنائية في التشريع الإسلامي، ومن ذلك:

أولاً: النصوص القرآنية المصرّحة بانتفاء الأثر الرجعي للناحية الجنائية فيما قررته من أحكام. حيث صرحت هذه النصوص بالعفو المستلزم لنفي التجريم.عمّا وقع من هذه الأفعال التي ارتكبت قبل نزل النصوص القاضية بتجريمها وترتيب العقاب على مرتكبيها ومن هذه النصوص على سبيل المثال: ما جاء في تجريم قتل الصيد على المحرم في قوله تعالى:" يَا أَيهَا الَذِينَ آمَنُواْ

---

[1] وهناك مزيد من المزايا للفقه الجنائي الإسلامي بما يتعلق بهذا المبدأ، انظر : عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١/١٦٠ – ١٦٣)

[2] انظر: هلالي عبد ا – أصول التشريع الجنائي الإسلامي – دار النهضة – القاهرة – ١٩٩٥م – (ص١٠)

لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَاء مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَو عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللّهُ عَمَّا سَلَف وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللّهُ مِنْهُ وَاللّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ {٩٥}"([1]).

فهذا النصّ يدل على تحريم قتل صيد البر لمن كان محرماً بحجّ أو عُمرة، ومن فعل ذلك استحق العقوبة الواردة في النص، إلا ما كان قد حدث من ذلك قبل نزول هذا النص فإنه معفوّ عنه بقوله تعالى:" عفا ا عما سلف "، وهذا تصريح بعدم سريان حكم النص على الماضي وانتفاء الأثر الرجعي لحكمه.

وكذا النص على تحريم الزواج بمنكوحة الأب، والجمع بين الأختين في عصمة واحدة ، بقوله تعالى:" وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ {٢٢}"([2])، وقوله تعالى:" وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ {٢٣}"([3]).

فقوله:" إلا ما قد سلف "، نص صريح بنفي المساءلة الجنائية على ما وقع من هذه الأنكحة قبل نزول التحريم، وبالتالي لم يكن للنص أثر رجعي من حيث حكمه الجنائي.

والنصّ على انتفاء الأثر الرجعي للحكم الجنائي في هذه المواضع لا يعني اقتصار ذلك عليها، بل هو قاعدة عامة([4])، أعني قوله تعالى:" إلا ما قد سلف "، عام يتعدى هذه المواضع التي خصت بالذكر ، وسيأتي لاحقاً ما يؤكد هذا المعنى .

ثانياً: جاء في حجة الوداع، قوله صلى ا عليه وسلم:" ألا وإنّ دم الجاهلية موضوع، وأوّل دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب "([5]).

ووجه دلالة هذا النص: أن النبي صلى ا عليه وسلم قد صرح بوضع دماء الجاهلية والمقصود بالوضع: انتفاء المسؤولية الجنائية عما سبق من جرائم القتل قبل نزول الشرع. وهو ما يؤكد أن القاعدة العامة في التشريع الجنائي الإسلامي هو انتفاء الأثر الرجعي في العقوبة وعدم سريانها على الماضي.

---

1 سورة المائدة

2 سورة النساء

3 سورة النساء

4 أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٤)، ولعل تخصيص الجمع بين الأختين ومنكوحة الأب بنفي المؤاخذة عما وقع من نكاحهما قبل التحريم مرده إلى أن العرب كانت تعرف جميع المحرمات المذكورة في الآية (٢٣) من سورة النساء ما عدا منكوحة الأب، والجمع بين الأختين حيث كانت العرب تفعله وبكثرة ، ولذا صرح النص بانتفاء المؤاخذة عما وقع من هذه الأنكحة قبل التحريم. انظر: الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير – تفسير جامع البيان – دار الكتب العلمية – بيروت – ط٣ – (٦٦٠/٣)

5 رواه مسلم في صحيحه – كتاب الحج – انظر صحيح مسلم بشرح النووي – (١٨٢/٨)

ثالثاً: الواقع التشريعي: إذ لم يُنقل عن النبي صلى ا عليه وسلم تطبيقه عقوبة على جريمة ارتكبت قبل نزول النص([1]).

رابعاً: القواعد الكلية في التشريع الإسلامي تؤكد بل تستلزم انتفاء الأثر الرجعي للعقوبة في التشريع الإسلامي، وفيما يأتي بيان لأهم هذه القواعد:

أ- قاعدة " **الأصل في الأشياء الإباحة** "([2])، ومفاد هذه القاعدة: أن أفعال الإنسان وأقواله محمولة على الإباحة حتى يرد دليل التحريم، ولا يُعقل أن تقرر إباحة شيء لانعدام النص على خلافها، ثم يعاقب من فعله، إذ في ذلك منافاةً للعدل الذي قامت الشريفة كلها عليه .

ب- قاعدة " **لا تكليف قبل ورود الشرع** "([3])، إذ التكليف المستلزم للمسؤولية سواء كانت هذه المسؤولية مدنية أم جنائية، متوقف على ورود الشرع، والقولُ برجعية العقوبة يستلزم العقاب على فعل وقع قبل ورود الشرع وقبل التكليف ، وهو ما تنفيه هذه القاعدة .

ج- قاعدة " **العلم بالمكلف به شرط في التكليف** "([4])، فمن شروط التكليف: العلم بالمكلف به علماً يمكّن المكلف من الامتثال، ولا شكّ أنّ الفعل قبل النص على تجريمه يُعدّ في حكم المجهول، فلا يصحّ التكليف به، والقول بالأثر الرجعي للتشريع الجنائي يلزم فيه التكليف قبل العلم، وهو من قبيل التكليف بالمستحيل، وهو ممنوعٌ شرعاً([5]).

خامساً: نصوص الفقهاء تشهد بما ذكرناه، من أن الأصل عدم رجعية العقوبة، ومن النصوص الدالة على هذا المعنى ما ذكره الماوردي من أنّه:" يجب على الحاكم أن يقدم الإنكار، ولا يجعل التأديب قبل الإنذار"([6]).

وهذا يصدق على العقوبات التعزيرية الصادرة بموجب الأوامر السلطانية القاضية بتقييد بعض المباحات تحقيقاً للمصلحة العامة، حيث يؤكد الماوردي على عدم جواز العقاب على أي فعل من تلك الأفعال قبل العلم بمنعها من قبل ولي الأمر، أو على الأقل قبل مرور مدّة كافية يغلب الظنّ معها تحقق العلم، حتى لا يعاقب إنسانٌ على فعل كان في ظنّهِ أنه مباح، ثم أصبح ممنوعاً دون علم منه بذلك([7]).

---

1 إلا ما ذكره بعض المعاصرين من أن هناك استثناء من هذا الواقع، وسيأتي بحث ذلك مفصلاً إن شاء ا تعالى .

2 انظر هذه القاعدة : الزركشي – المنثور – (١٧٦/١)، السيوطي – الأشباه والنظائر – (ص٦٠)

3 انظر : الآمدي – الإحكام في أصول الأحكام – (٨٦/١)، الشوكاني – إرشاد الفحول – (ص٢٨)

4 انظر: ابن قدامة، موفق الدين – روضة الناظر في علم الأصول بشرح عبد القادر الرومي - دار الحبيب - ط١ - (١٦٠/١،١٦١)

5 السرخسي – المبسوط – (١٢٧/١٩)

6 الماوردي: علي بن محمد – الأحكام السلطانية – ط ٣ – (ص٢٤٩)

7 أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٢)

وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي ا عنه ما يؤيد ذلك، فقد روي أنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء، فرأى رجلاً يطوف مع النساء فضربه بالدّرّة، فقال الرجل: وا إن كنت أحسنت لقد ظلمتني، وإن كنت أسأت فما علّمتني، فقال عمر: أما شهدت عزمتي ألا يطوف الرجالُ مع النساء، فقال: ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدّرّة وقال له: اقتص"([1])، يقول أبو زهرة عقب سياقه لهذا النص:" وهو يدلّ على أنّ العقوبات على المحظورات التي يرى ولي الأمر منعها دفعاً للفساد، وإن كانت في أصلها من حيث فعل الآحاد أمراً مباحاً، لا تكون العقوبة فيها على ما وقع من أفعال، بل على ما سيقع بعد الإعلان"([2]). وبهذا يتأكد أن العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي لا تطبق بأثر رجعي بل يبدأ سريان عملها من حين العلم بها بعد النص عليها .

علاقة الأثر الرجعي بمبدأ الشرعية الجنائية في القانون:

تتفق التشريعات الجنائية الوضعية على عدم سريان العقوبة على الوقائع التي حدثت في الزمن السابق على تشريعها، ومن ثم فليس للسلطة القضائية الحكمُ بتجريم أفعال صدرت قبل تجريمها من قبل السلطة التشريعية في الدولة.

وذلك لأن المواطنين يجب إحاطتهم علماً عن طريق التشريع بعدم مشروعية الفعل قبل ارتكابه حتى لا يفاجأ الناس بتجريم أفعال حدثت في الماضي وكانت مشروعة عندما أقدموا على ارتكابها مما يزعزع الاستقرار القانوني للأفراد في المجتمع([3])، وهو ما يؤكد أنّ القاعدة العامة التي تحكم موضوع سريان العقوبة على الزمان هي قاعدة عدم رجعية العقوبة، وهذه القاعدة هي من أهم النتائج اللزومية لمبدأ الشرعية الجنائية([4])، القاضي بانتفاء التجريم قبل النص.

---

[1] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٢)

[2] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٢)

[3] هلالي عبد ا – أصول التشريع الجنائي الإسلامي – (ص١٠)

[4] انظر: علي راشد – القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية ، دار النهضة العربية ط٢، ١٩٧٤م، (ص١٤٧)، د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – مطبعة الراودي – دمشق، ١٩٧٦م، (ص١٠٤)، د. أكرم نشأت – القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن – (ص٩٣)

المبحث الثاني
الاستثناءات الواردة على قاعدة
عدم الرجعية في التشريع الجنائي الإسلامي

تمهيد:

لقد سبق أن قررنا أن القاعدة العامّة في التشريع الجنائي الإسلامي هي عدم رجعية العقوبة وعدم سريانها على الماضي، إلا أن بعض فقهاء التشريع الجنائي المعاصرين رأوا أن هذه القاعدة هي قاعدة أغلبية وليس مطردة، بحيث ورد عليها بعض الاستثناءات من خلال بعض العقوبات النصية التي طبقت على حوادث سابقة على نزولها، ومن ثم كان لهذه العقوبات أثر رجعي، تمثل في تطبيق هذه العقوبات على الحوادث نفسها التي كانت سبباً لنزولها، في حين رأى آخرون أن قاعدة عدم الرجعية في العقوبة هي قاعدة مطردة لم يرد عليها أي استثناء في التشريع الجنائي الإسلامي. وهذه العقوبات التي جرى خلاف حول ثبوتها بأثر رجعي هي: عقوبة اللعان، والظهار، والحرابة، والقذف والقصاص، وسأتناول هذه العقوبات بالتفصيل للوقوف على ما إذا كانت هذه العقوبات طُبّقت بأثر رجعي أم لا، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

الأثر الرجعي في عقوبة اللعان

تعريف اللعان ومشروعيته:

اللعان في اللغة مصدر لاعن، وهو سماعي وليس قياسياً، والقياس: الملاعنة من اللعن، وهو الطرد والإبعاد([1]).

وأما اصطلاحاً: فاللعان عند الحنفية هو:" شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حدّ الزنا في حقها "([2])، وعرّفه الشافعية بأنه:" كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد([3]).

وسبب اللجوء إلى اللعان كما هو واضح من التعريفين السابقين هو قذف الزوج زوجته قذفاً يوجب الحدّ عليها لو كانت أجنبية، أو نفي الحَمْل أو الولد([4]).

وهو مشروع بقوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ {٦} وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ {٧}وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ {٨} وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ {٩}"([5])

الأثر الرجعي في عقوبة اللعان:

ولمعرفة فيما إذا كان حُكْم اللعان طُبِّق بأثر رجعي أم لا، ينبغي الوقوف أولاً على سبب نزول النص الذي جاء يبين حكم اللعان، وسبب النزول كما روى البخاري وغيره عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره " أن عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل ؟، سل لي يا عاصم عن ذلك، فسأل عاصم رسول ا صلى ا عليه وسلم عن ذلك فكره رسول ا صلى ا عليه وسلم المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول ا صلى ا عليه وسلم، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول ا صلى ا عليه وسلم؟ فقال لعويمر: لم تأتني بخير، قد كره رسول ا صلى ا عليه وسلم المسألة التي

---

1 الركبي – محمد بن أحمد بن بطال – النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، مطوع بهامش المهذب، (١٥١/٢)

2 انظر: الموصلي – الاختيار – (٣٦٧/٣)

3 الشربيني – مغني المحتاج – (٣٦٧/٣)

4 الموصلي – الاختيار – (١٦٧/٣)

5 سورة النور

سألته عنها، فقال عويمر: وا لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى جاء رسول ا صلى ا عليه وسلم وسط الناس، فقال: يا رسول ا أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال الرسول صلى ا عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها، فقال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول ا صلى ا عليه وسلم، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول ا إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول ا صلى ا عليه وسلم، قال ابن شهاب: فكانت سُنّة المتلاعنين "([1]).

ولقد جاء حكم اللعان بعد أن شق على المسلمين تطبيق حكم القذف بين الرجل وزوجته، إذ كان من المقرر أن من يتهم امرأة بالزنا وجب عليه إحضار أربعة شهود، وكان هذا الحكم شاملاً للأزواج، حتى جاء حكم اللعان مستثنياً قذف الأزواج لزوجاتهم حيث لا شهود لديهم إلا أنفسهم، فيحلفون الأيمان المذكورة في النص على صدقهم . فالحكم جاء تخفيفاً من حكم كان واقعاً من قبل، ويؤكد ذلك ما جاء في الرواية الأخرى لسبب نزول حكم اللعان، وهو أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول ا صلى ا عليه وسلم، بشريك بن سحماء، فقال النبي صلى ا عليه وسلم : البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول ا إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى ا عليه وسلم يقول:" البينة وإلا حد في ظهرك " فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن ا ما يبرّئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه " والذين يرمون أزواجهم " فقرأ حتى:" إن كان من الصادقين"، فانصرف النبي صلى ا عليه وسلم فأرسل إليهما فجاء هلال يشهد والنبي صلى ا عليه وسلم يقول: إن ا يعلمُ أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت فقال النبي صلى ا عليه وسلم : أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين، خدلّج([2]) الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت كذلك، فقال النبي صلى ا عليه وسلم:" لولا ما مضى من كتاب ا لكان لي ولها شأن "([3]).

وأياً كان سبب النزول فإن من الواضح أن النص جاء بحكم جديد طُبّق على واقعةٍ أو وقائع حدثت قبل نزوله وكانت هي السبب في نزوله، وهو ما يعني أن النص طبق على الماضي،

---

[1] رواه البخاري – كتاب التفسير – باب قول ا تعالى:" والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم" حديث رقم (٤٧٤٥)، ومسلم – كتاب اللعان – حديث رقم (١٤٩٢) واللفظ له ، وأبو داود في السنن – كتاب الطلاق – باب اللعان – حديث رقم (٢٢٤٥)، والنسائي – كتاب الطلاق - باب الرخصة في ذلك، حديث رقم (٣٤٠٢)، وابن ماجه - كتاب الطلاق – باب اللعان – رقم (٢٠٦٦)

[2] أي عظيمهما ، انظر ابن الأثير – النهاية في غريب الحديث والأثر-(ص255) مادة :" خدلج "

[3] رواه البخاري – كتاب التفسير – حديث رقم (٤٧٤٧)، وأطرافه عنده في حديث (٦٧٠) في الشهادات، و (٥٣٠٧) في الطلاق ، ومسلم في اللعان، انظر مسلم بشرح النووي (١٢٩/١٠)

ولكن هل يُعدّ ذلك من قبيل الأثر الرجعي للعقوبة؟ وإن كان الأمر كذلك فما هو المسوّغ لهذه الرجعية؟

لقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء المعاصرين في عدّ ذلك من قبيل الاستثناء من قاعدة الرجعية في التشريع الجنائي، حيث يرى البعض أن حكم اللعان ثبت بأثر رجعي، كاستثناءٍ من القاعدة العامة، قاعدة عدم الرجعية في العقوبة، إذ طبّق على وقائع سابقة على التشريع، وليس للأثر الرجعي معنى سوى هذا([١]).

وهذا الاستثناء وغيره مما سيأتي بحثه – من وجهة نظر هذا الفريق – يؤكد معرفة الشريعة الإسلامية لمبدأ الأثر الرجعي للتشريع الجنائي عند وجود مسوّغ يقتضي ذلك([٢]).

ويعلل هذا الفريق هذا الاستثناء بأن في ذلك (أي في رجعية حكم اللعان) مصلحة للزوج وهي مصلحة التخفيف عنه بعدم إقامة حد القذف عليه([٣]).

في حين يقرّ فريقٌ آخر من فقهاء التشريع الجنائي بأن حكم اللعان جاء تخفيفاً من الحكم الذي كان سائداً وهو وجوب إحضار أربعة شهود عند الاتهام بالزنا حتى ولو كان ذلك بين الزوجين، فجاء هذا الحكم ليستثني الأزواج من ذلك، ومع إقرار هذا الفريق بأن حكم اللعان جاء تخفيفاً ولمصلحة المتهم – على حد تعبير القانونيين - وذلك على سبيل الاستثناء من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي، إلا أنهم يرفضون عد ذلك أصلاً يمكن الاستدلال به على إقرار الشريعة لمبدأ الأثر الرجعي في التشريع الجنائي عند وجود مسوّغ لذلك، بل يقصرون الاستدلال بهذا الحكم على جواز رجعية التشريع في حالة واحدة فقط هي رجعية التشريع الأصلح للجاني سواء كان مخففاً أو ملغياً لوصف التجريم، يقول محمد سليم العوا في معرض ردّه على عبد القادر عودة:" إن اللعان من باب تطبيق الحكم الأخف وذلك ما يعرف في الفقه الجنائي برجعية القانون الأصلح للمتهم، وهذا استثناء مقرر في كثير من النظم الجنائية الحديثة من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه، للقول بأن ثمة استثناءً عرفته الشريعة الإسلامية يجيز تطبيق النص المجرم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعي، وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة على جواز رجعية القانون الأصلح سواء كان مخففاً أو ملغياً لوصف التجريم "([٤]).

---

[1] انظر عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي – (٢٦٩/١)، د. يوسف علي ومصطفى أحمد نجيب – فقه العقوبات – منشورات جامعة القدس المفتوحة – (ص٥٨)

[2] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٩/١)

[3] يوسف علي ومصطفى أحمد – فقه العقوبات – (ص ٥٨)

[4] انظر: محمد سليم العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٧)

وهذا الذي ذكره العوا، سبق أن أكّد عليه الشيخ أبو زهرة رحمه ا تعالى، حيث وقف ذات الموقف عادا تطبيق حكم اللعان من قبيل التخفيف من الحكم الأشدّ، ومن ثم لا يمكن الاستدلال به على أن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي([1]).

والذي يظهر لي أن حكم اللعان طبق بأثر رجعي، وذلك لأن الحادثة الجُرميّة وهي واقعة القذف قد تم فعلها قبل نزول النص الجديد المتضمن لعقوبتها، وفائدة الرجعية في هذا الحكم واضحة، وهي تلك المصلحة المتمثلة في التخفيف عن الأزواج.

وأما أنه هل يمكن أن يستفاد من ذلك أن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي؟ فهذا الأمر يتوقف البتّ فيه إلى حين اكتمال الصورة حول موقف الشريعة من هذه القضية وذلك باستكمال بحث جميع المسائل التي ثار خلاف حول رجعية أحكامها الجنائية، لنستطيع بعد ذلك أن نقرر فيما إذا كانت الشريعة فعلاً تجيزُ مبدأ الأثر الرجعي في التشريع الجنائي أم لا ؟

---

[1] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٧)، وانظر أيضاً: هلالي عبد ا أحمد – أصول التشريع الجنائي الإسلامي – (ص١٦)

المطلب الثاني

الأثر الرجعي في عقوبة الظهار

تعريف الظهار:

الظهار في اللغة مشتق من الظهر، وله عدة معانٍ بحسب استخدامه، يقال: ظاهرتَ فلاناً: إذا قابلت ظهرك بظهره حقيقةً، وظاهرته: إذا نصرته، وظاهر من امرأته إذا قال لها:" أنت عليّ كظهر أمي "، وظاهر بين ثوبين، إذا لبس أحدهما فوق الآخر([1]).

واصطلاحاً: هو أن يشبّه الرجل امرأته أو عضواً يُعبّر به عن بدنها أو جزءاً منها شائعاً بعضو لا يحل النظر إليه من أعضاء من لا يحل له نكاحها على التأبيد. ومن أشهر ألفاظه قول الرجل لزوجته:" أنت علي كظهر أمي "([2]).

حكم الظهار:

كان الظهار يُعدّ في الجاهلية طلاقاً([3]) واستمر هذا الحالُ إلى أول الإسلام حتى جاء الحكم بتحريمه ووجوب الكفارة فيه على ما فُصّلَ في قوله تعالى: " قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللهِ وَاللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إن اللهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ {١} الذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم من نسَائِهِم ما هُن أُمهَاتِهِمْ إِنْ أُمهَاتُهُمْ إِلا اللائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً منَ الْقَوْل وَزُوراً وَإِن اللهَ لَعَفُو غَفُورٌ {٢} وَالذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نسَائِهِمْ ثُم يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ من قَبْل أَن يَتَمَاسا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ {٣} فَمَن لمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْن مُتَتَابِعَيْن مِن قَبْل أَن يَتَمَاسا فَمَن لمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتينَ مِسْكِيناً ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ {٤}"([4]).

فدلّ قوله تعالى:" وَإِنهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً منَ الْقَوْل وَزُوراً " على أن الظهار محرّمٌ لا ينبغي للمسلم الإقدام عليه، ومن فعله فعليه الكفارة قبل أن يعود إلى زوجته ، والكفارة على الترتيب: عتق رقبةٍ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً.

الأثر الرجعي في عقوبة الظهار:

اختلاف المعاصرون فيما إذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت بأثر رجعي أم لا ؟ فذهب عبد القادر عودة - رحمه ا - إلى أن عقوبة الظهار طبقت على واقعة سابقةٍ على تشريعها وهو ما

---

1 انظر: الراغب الأصفهاني – المفردات في غريب القرآن – (ص٣١٧، ٣١٨)، المعجم الوسيط (٥٧٨/١)، مادة :" ظهر"

2 د. محمود عبد الرحمن – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - (٤٥٤/٢)

3 الشيرازي – المهذب – (١٤٣/١)

4 سورة المجادلة

يعني أنها طبقت بأثر رجعي([1])، وهو بذلك يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي وفي ذلك يقول:" إن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي"([2]).

في حين ذهب أبو زهرة - رحمه ا - إلى أنه لا يصلح الاستدلال بهذا النّص على أن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي، ورأى أن غاية ما يدل عليه النص أنّ ذلك كان تخفيفاً من الحكم الذي كان سائداً وإن ذلك كان من قبيل قاعدة تطبيق أخف العقوبتين([3]).

وفي قول ثالث ذهب محمد سليم العوا إلى استبعاد صحة الاستدلال بنص الظهار على رجعية العقوبة إطلاقاً لخروجه عن نطاق التشريع الجنائي ودخوله ضمن مسائل الأسرة والأحوال الشخصية، والتي لا علاقة بينها وبين الأحكام الجنائية حتى يُستدل بها عليها، ومن ثم فإنه يرى أن حكم الظهار وبغض النظر عن الكيفية التي طبق فيها خارج عن نطاق البحث في قواعد التشريع الجنائي الإسلامي([4]).

وبالنظر إلى هذه الأقوال تجد أن ما ذهب إليه العوا من أن موضوع الظهار لا يصح الاستدلال به لخروجه عن نطاق التشريع الجنائي الإسلامي، لا يُسَلّم له بذلك، ذلكم أنّ الظهار له وجهان، **الأول:** مدني، وهو ما يتعلق بألفاظه وشروطه وآثاره. **والثاني:** جنائي، وهو ما يتعلق بحُكمه. حيث أصبح هذا التصرف محرّمًا بمقتضى قوله تعالى :" وَإِنهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً " ورتب النص على قائل هذا القول الكفارة في حال إرادة المظاهر العوْدَ إلى زوجته التي يجب تنفيذها قبل أن يمس زوجته – عقوبةً له وردعاً لغيره - حتى لا يُقارَف هذا القول مرّة أخرى. وهو من هذه الجهة أي: بوصفه فعلاً محرمًا وجبت فيه الكفارة، يُمكن أن يدخل في باب التشريع الجنائي.

وأما القول بعدم اعتبار ذلك من قبيل الأثر الرجعي وهو ما ذهب إليه أبو زهرة، فهو قول مخالف للواقع ولمفهوم الأثر الرجعي إذا عرفنا أن الأثر الرجعي للعقوبة هو تطبيقها على واقعةٍ سابقةٍ في حدوثها على تشريع تلك العقوبة، وهذا المعنى متحقق في واقعة الظهار، يظهرُ ذلك جلياً من خلال الوقوف على سبب نزول حكم الظهار، فقد جاء في كتب السنن في سبب نزول آيات الظهار: أن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت:" ظاهر مني أوس بن الصامت، فجئت رسول ا صلى ا عليه وسلم أشكو إليه، ورسول ا صلى ا عليه وسلم يجادلني فيه ويقول: اتقي ا فإنه ابن عمك، فما برح حتى نزل القرآن: قد سمع ا قول التي تجادلك في زوجها إلى

---

[1] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (ص٢٦٩/١)
[2] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي - (٢٦٩/١)
[3] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٧)
[4] العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٨،٥٩)

الفرض. فقال: يعتق، قالت: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: يا رسول ا ، شيخ كبير ما به من صيام، قال: فليطعم ستين مسكينًا، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتي ساعتئذٍ بعرق من تمر، قالت: يا رسول ا فإني سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت: اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك"([1]).

وروي عن عائشة قالت:" الحمد الذي وسع سمعه الأصوات، لقد جاءت المجادلة إلى النبي صلى ا عليه وسلم تكلمه وأنا في ناحية البيت ما أسمع ما تقول فأنزل ا عز وجل :" قد سمع ا قول التي تجادلك في زوجها"([2]).

فواضح من خلال سبب النزول أن الحكم بالكفارة شرع لاحقاً للواقعة التي طُبق عليها، وهذا متضمن لمعنى الرجعية في العقوبة. أما أن يُستَدَلّ بذلك على إطلاق القول والقطع بأنّ الشريعة تجيزُ أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي([3]) فهذا أمرٌ آخر، أرجئ إبداء الرأي فيه إلى حين استكمال سائر العقوبات التي كانت محل بحث الرجعية عند الفقهاء وكتّاب التشريع الجنائي الإسلامي.

---

[1] أخرجه النسائي – كتاب الطلاق - باب الظهار - (ص٥٣٦) حديث رقم (٣٤٦٠)، وأبو داود واللفظ له - كتاب الطلاق - باب في الظهار - (ص٣٣٦) حديث رقم (٢٢١٤)، والحاكم في المستدرك – (٤٨١/٢)، وقال: هذا حيث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي

[2] أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم – كتاب التوحيد – باب " وكان ا سميعاً بصيراً " انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري – (٢٨٤/١٣)، والمجادلة هي: خولة بنت ثعلبة وزوجها أوس بن الصامت رضي ا عنهما، انظر: ابن كثير – تفسير القرآن العظيم – (٤/ ٢٨٧)

[3] كما ذهب إلى ذلك عبد القادر عودة رحمه ا في التشريع الجنائي – (٢٦٩/١)

المطلب الثالث

الأثر الرجعي في عقوبة الحرابة

تعريف الحرابة:

الحرابة في اللغة: مشتقة من مادّة " حرب "، يقال حارب يحاربُ حرابةً، والحرب نقيض السّلم، وهو القتال بين فئتين([1]).

وأما اصطلاحاً: فهي البروز لأخذ مالٍ أو لقتلٍ أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرةً اعتماداً على القوة مع البُعد عن الغوث([2]).

مشروعية الحرابة:

ثبت حد الحرابة بقوله تعالى:" إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ {٣٣}"([3]).

وحدّ الحرابة من العقوبات التي ثار خلافٌ حول ما إذا كانت قد طبقت أم لا ؟ وقبل الوقوف على الأقوال التي جاءت في ذلك، أسوق سبب نزول النص المقرّر لهذه العقوبة لما في معرفة سبب النزول من أهمية بالغة في تحديد ما إذا كان حدّ الحرابة طبق بأثر رجعي أم لا ؟

سبب نزول حدّ الحرابة:

اختلف المفسرون في نزول آية الحرابة على خمسة أقوال:

القول الأول: أنها نزلت في العرنيين ، وهذا أشهر الأقوال([4])، ودليل هذا القول ما رواه البخاري وغيره عن أنس رضي ا عنه قال:" قدم على النبي صلى ا عليه وسلم نفر من عُكل فأسلموا، فاجتووا([5]) المدينة، فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها، ففعلوا وصحّوا، فارتدوا فقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل، فبعث في آثارهم فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم، ثم لم يحسمهم حتى ماتوا "([6]).

---

1 انظر: المعجم الوسيط – (١٦٣/١) مادة :" حرب "

2 انظر : الموسوعة الفقهية – (١٥٣/١٧) وانظر الكاساني – بدائع الصنائع – (٩٠/٧)، والرملي – نهاية المحتاج – (٣/٨)

3 سورة المائدة

4 انظر: تفسير الطبري – (٥٤٧/٢ - ٥٤٩)، ابن العربي – أحكام القرآن (٩٢/٢)

5 اجتووا: أصابهم الجوى، وهو المرض وداء الجوف وذلك بسبب عدم موافقتهم لهوائها. انظر: ابن الأثير – النهاية في غريب الحديث والأثر – (ص١٧٣) مادة :" جوا "

6 أخرجه البخاري ، كتاب الحدود – باب المحاربين من أهل الكفر والردة – حديث رقم (٦٨٠٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري – (١١١/١٢)، ومسلم في صحيحه – باب حكم المحاربين – (١٥٤/١١، ١٥٥)

ولم يصرح هذا النص بأن هذه القصة كانت هي السبب في نزول الآية. إلاّ أن ابن حجر ذكر أن عبد الرزاق أخرج من طريق معمر عن قتادة حديث العرنيين، وفي آخره، قال:" بلغنا أن هذه الآية نزلت فيهم:" إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ " الآية "

وممن قال بذلك : الحسن وعطاء والضحاك والزهري([١]).

القول الثاني: إنها نزلت في أهل الكتاب نقضوا العهد، وهو مروي عن ابن عباس، ونسبه ابن العربي إلى الطبري([٢]).

القول الثالث: إنها نزلت في المشركين، وهذا القول مروي عن ابن عباس والحسن البصري وعكرمة([٣]).

القول الرابع: إنها نزلت معاتبة للنبي صلى ا عليه وسلم في شأن العرنيين، وهو قول الليث بن سعد، استدلالاً بما قاله أبو الزناد أن الرسول صلى ا عليه وسلم قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار، عاتبه ا عز وجل في ذلك فأنزل ا تعالى:" إنما جزاء الذين يحاربون ا ورسوله " الآية، قال أبو الزناد: فلما وعظ ونهي عن المثلة لم يَعُد "([٤]).

القول الخامس: أن هذه الآية ناسخة لما فعله النبي صلى ا عليه وسلم العرنيين([5]).

وأولى هذه الأقوال بالقبول هو الأول، أي أنها نزلت في شأن العرنيين الذين قتلوا الرعاة بعد أن صحوا، حيث ارتدوا عن الإسلام وفعلوا ما فعلوه. إلا أن السؤال الذي يَردُ في هذا المقام هو أنه هل نزلت هذه الآية بياناً لحكم المحاربين، بحيث طبّق النبي صلى ا عليه وسلم حكم هذا النّص على العرنيين ، فكان له على هذا الفهم أثر رجعي؟ أم أنّ النبي صلى ا عليه وسلم عاقب العرنيين استناداً إلى النصوص العامة التي توجب المعاقبة بالمثل نحو قوله تعالى:" وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا {٤٠} "([٦])، وقوله تعالى:" فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ {١٩٤}"([٧])، ثم نزلت هذه الآية تعقيباً على ما حدث، ومشرّعة حكماً جديداً خاصاً بمن فعل فِعل العرنيين ، ومن ثم لا يكون النص قد طبق بأثر رجعي؟

---

1 انظر ابن حجر – فتح الباري – (١١٢/١٢)

2 انظر تفسير الطبري – (٥٤٧/٢، ٥٤٨)، وروى هذا القول عن ابن عباس الطبراني في المعجم الكبير – (٢٥٦/١٢)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد – (١٥/٧) من طريق عبد ا بن أبي طلحة عن ابن عباس، وقال الهيثمي : عبد ا لم يدرك ابن عباس.

3 الطبري – تفسير الطبري - (٥٤٧/٤، ٥٤٨) ، والخبر رواه أبو داود عن ابن عباس كتاب الحدود – باب ما جاء في المحاربة – حديث رقم (٤٣٧٢) وحسنه الألباني في صحيح أبي داود – (٣٦٧٥)

4 انظر: القرطبي – تفسير القرطبي – (١٤٩/٦)، ابن العربي – أحكام القرآن – (٥٩٢/٢)

5 الطبري – تفسير الطبري - (٥٤٨/٤)

6 سورة الشورى

7 سورة البقرة

اختلفت الآراء في ذلك: فرجح عبد القادر عودة - رحمه ا - أن عقوبة الحرابة طبقت بأثر رجعي مرجحاً أن الآية نزلت في العرنيين وطبقت عليهم([1])، ويعلل الشيخ رجعية عقوبة الحرابة (من وجهة نظره)، بأن جريمة الحرابة جريمة خطيرة تمس أمن الدولة والنظام العام في المجتمع، ولهذا اقتضت المصلحة تطبيق هذه العقوبة بأثر رجعي. وفي ذلك يقول:" ولا شك أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي، فقد كان حادث العرنيين فظيعاً، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق، ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يُجعل للنص أثر رجعي، فجعل له هذا الأثر حفظاً للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها "([2]).

وهو – رحمه ا – يضيف بهذا الفهم مسوغاً آخر من مسوّغات تطبيق العقوبة بأثر رجعي وهو كون الجريمة التي طبق عليها العقوبة بأثر رجعي، تشكل تهديداً واضحاً لأمن الدولة. إضافة إلى ما سبق تقريره من جواز رجعية العقوبة إذا كانت أصلح للجاني.

في حين ذهب أبو زهرة([3]) وغيره([4]) إلى القول بأن حدّ الحرابة لم يطبق بأثر رجعي ، وقد سلك هذا الفريق في تقرير مذهبهم مسلكين:

المسلك الأول: نقد الرواية المتعلقة بحادثة العرنيين ، وردّها من جهة المتن وهو ما ذهب إليه أبو زهرة - رحمه ا -، مستمداً رأيه هذا من جملةٍ أمور:

الأول: وقوع المثلة، فهو يرى أن ذلك غير ممكن في حق النبي صلى ا عليه وسلم لمخالفة هذا الفعل قواعد الدين الحنيف.

الثاني: ما جاء في بعض الروايات من أنهم استسقوا فلم يُسقوا، وهذا مخالف للإجماع. إذ الإجماع منعقد على أن من وجب عليه القتل فاستسقى أنه لا يُمنع من الماء، ومن ثم لا تصح هذه الرواية لاشتمالها على مخالفةٍ لأمر مقطوع به في الدين.

الثالث: أنه على فرض وقوع هذه الحادثة، فهو ينفي نفياً قاطعاً أن يكون ما وقع للعرنيين إنما وقع بأمر النبي صلى ا عليه وسلم أو كان له علم بذلك، وإنما هو من فعل بعض الصحابة. بل ذهب الشيخ إلى أبعد من ذلك حين جزم بأنه قد صدر من النبي صلى ا عليه وسلم إنكار لهذه الأفعال ولكن لم يُنقل إلينا!!([5]).

---

1 عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٨/١)

2 عبد القادر عودة – التشريع الجنائي - (٢٦٨/١)

3 أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٧)

4 محمد سليم العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٩، ٦٠)

5 أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٧)

ولذلك كله قرر أن حد الحرابة لم يطبق بأثر رجعي، وأن ما فعله النبيّ صلّى ا عليه وسلّم بالعرنيين – على فرض التسليم بصحته – إنما كان بالاستناد إلى النصوص العامة الموجبة للقصاص القائم على المماثلة بين العقوبة والجريمة([١]).

المسلك الثاني: التسليم بصحة الواقعة سندًا ومتنًا، ونفي دلالتها على المطلوب([٢]).

فعلى الرغم من صحة حادثة العرنيين والتسليم بذلك، وترجيح كونها هي السبب في نزول آية الحرابة إلا أن الآية نزلت تبين عقاب المحاربين وتنهى عن المثلة ولم يطبق ما جاء فيها على العرنيين أصلاً، إنما عاقبهم النبيّ صلّى ا عليه وسلّم بما عاقبهم به استنادًا إلى النصوص العامة التي توجب المماثلة بين الجريمة والعقاب، والتي سبق ذكرها. ويؤيد هذا الفريق ما ذهبوا إليه بما رواه أبو داود عن ابن سيرين قوله:" إن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود "([٣])، يقصد بذلك حديث أنس الذي رواه البخاري.

وبذلك لم يكن لنص الحرابة أثر رجعي، ولا يصح الاستدلال به على جواز الأثر الرجعي في التشريع الجنائي، اللهم إلا إذا كان يحقق مصلحة لمن تطبق عليه العقوبة([٤]).

المناقشة والترجيح:

فأما ما ذهب إليه المرحوم عبد القادر عودة من أن تشريع الحرابة ثبت بأثر رجعي حيث طبق على واقعةٍ كانت هي السبب في التشريع، فالظاهر من النصوص التي جاءت في حادثة العرنيين أن الآية إنما نزلت بعد تنفيذ العقوبة، ومما يُدّعّم هذا الرأي ما فهمه بعض رواة القصة من أن نزول الآية كان عتاباً للنبي صلى ا عليه وسلم كما هو الحال في رواية أبي الزّناد، حيث قال عقب روايته للقصة:" فلما وُعظِ ونُهيَ عن المثلة لم يعُد "([٥])، فلا يستقيم القول بتطبيق الآية على العرنيين مع هذا الفهم، وهو فهمُ صحابيّ وهو جدير بأن يؤخذ بعين الاعتبار عند فهمنا للموضوع.

ثم ما يقوي هذا الرأي أيضاً ما جاء في الحادثة نفسها من أن النبي صلى ا عليه وسلم قد سمل([٦]) أعين العرنيين الذين اعتدوا على الرعاة، وهذه العقوبة لم ينص عليها في سياق آية

---

[1] أبو زهرة – الجريمة والعقوبة – (ص٣٢٧)

[2] وهو ما ذهب إليه محمد سليم العوا في كتابه – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٩،٦٠)، وتبعه على ذلك د: هلالي عبد ا في كتابه – أصول التشريع الجنائي الإسلامي – (ص١٧)

[3] رواه أبو داود في سننه – كتاب الحدود – (١٣١/٤،١٣٢)

[4] العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٦٠)

[5] انظر تفسير القرطبي – (١٤٩/٦)، ابن العربي – أحكام القرآن – (٩٢/٢)

[6] سمل العين أي فقأها بحديدة محمّاة، وقيل هو فقؤها بالشوك، والسمل والسمر بمعنى. ابن الأثير – النهاية – (ص٤٤٢) - مادة :" سمل ".

الحرابة وهو ما يؤكد أن النبي صلى ا   عليه وسلم كان مستنده فيما فعله بهم هو النصوص العامة، لا نص الحرابة.

ثم إن عبد القادر عودة رحمه ا   جعل القول برجعية حد الحرابة وتطبيقه على العرنيين نتيجة لزومية لصحة القول بأنها نزلت إليهم، والواقع أن ذلك غير لازم، إذ لا يلزم من القول بصحة نزول آية الحرابة في العرنيين أن تكون طبقت عليهم، وإنما عوقبوا بمقتضى النصوص العامة، والآية نزلت تقرر حكماً جديداً يطبق على من فَعَلَ فِعْلَ العرنيين.

وأما القول بأن النبي صلى ا   عليه وسلم قد طبق العقوبة على العرنيين بمقتضى النصوص العامة – كما ذهب إليه أبو زهرة وغيره – فالظاهر أن هذا صحيح كما سبق وأن بيناه . إلا أن ما ذهب إليه أبو زهرة – رحمه ا   - من نقد رواية العرنيين من حيث المتن فلا نُسلم بِهِ، ويجاب عنه بما يأتي :

أما قوله بأن القصة تضمنت المثلة وهو لا يصح منه صلى ا   عليه وسلم، فيجاب عنه بأن ذلك وقع منه صلى ا   عليه وسلم على سبيل القصاص وهو من باب " وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا {٤٠} "([1]).

وأما استشكاله ترك سقيهم: فيجاب عنه بأن ذلك كان مجازاة لهم على كفرهم نعمة السقي التي أنعشتهم من المرض الذي أصابهم، وقيل إن النبي صلى ا   عليه وسلم لما بلغه ما أحدثه هؤلاء قال: " عطّش ا   من عطّش آل محمد الليلة " فكان ترك سقياهم استجابة لدعاء النبي عليه الصلاة والسلام([2])، وأما تركهم دون حسم فذلك لأن الغاية من ذلك هو إهلاكهم ولذلك تركهم دون حسم([3]).

وأما قوله بأن ذلك ربما حدث دون علم النبي صلى ا   عليه وسلم أو أمره، فقد استبعد الحافظ ابن حجر هذا الفهم([4])، وبعد هذه المناقشة للآراء حول رجعية حدّ الحرابة أرى أن حد الحرابة لم يطبق بأثر رجعي، وأن المسلك الأصوب في تقرير هذا المعنى هو التسليم بصحة الرواية الواردة في شأن العرنيين مع نفي دلالتها على المطلوب، وهو ما سلكه الشيخ محمد سليم العوا وتبعه على ذلك الدكتور هلالي عبد ا   ، وا   تعالى أعلم بالصواب.

---

[1] سورة الشورى

[2] ابن حجر – فتح الباري – (١١٤/١٢)

[3] ابن حجر – فتح الباري – (١١٣/١٢)

[4] ابن حجر – فتح الباري – (١١٤/١٢)

المطلب الرابع
الأثر الرجعي في عقوبة القذف

تعريف القذف:

القذف لغة: الرمي البعيد. واستعير القذف للشتم والعيب([1]).

واصطلاحاً: عرف الحنيفية([2])والحنابلة([3]) القذف بأنه: الرمي بالزنا، وأضاف الشافعية قيداً آخر في التعريف فقالوا: هو الرمي بالزنا في معرض التعبير([4]).أما المالكية فعرفوه بأنه رمي مكاف حراً مسلماً بنفي نسب عن أب أو جد، أو بزنا([5]).

حكم القذف:

القذف محرم وهو من الكبائر لقوله صلى ا عليه وسلم:" اجتنبوا السبع الموبقات قيل: وما هن يا رسول ا ؟ قال: الشرك با ، والسحر، وقتل النفس التي حرّم ا إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات"([6]).

الأثر الرجعي في عقوبة القذف:

حدّ ا عزّ وجلّ عقوبة القذف بثمانين جلدة ورد شهادة القاذف بالإضافة إلى الحكم عليه بالفسق، وذلك في قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ {٤}"([7]).

وقد اختلف فقهاء التشريع الجنائي المعاصرون في عقوبة القذف هل طبقت بأثر رجعي أم لا، فذهب الشيخ عبد القادر عودة - رحمه ا - إلى أن عقوبة القذف طبقت بأثر رجعي([8])، في حين ذهب محمد سليم العوا إلى أن عقوبة القذف لم تطبق بأثر رجعي([9])، وتابعه على ذلك الدكتور هلالي أحمد عبد ا ([10]).

---

1 المعجم الوسيط – (٧٢١/٢)، مادة:" قذف "، الفيومي – المصباح المنير – (٦٧٨/٢)، الراغب الأصفهاني – المفردات – (ص٣٩٧)

2 ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (٤٣/٤)

3 ابن قدامة – المغني – (٢١٥/٨)

4 الشربيني – مغنى المحتاج – (١٥٥/٤)

5 الدردير – الشرح الصغير – (٤٢٥/٢)

6 رواه البخاري – واللفظ له، كتاب الوصايا باب قوله تعالى:" إن الذين يأكلون أموال اليتامى " حديث رقم (٢٧٦٦)، ومسلم – كتاب الإيمان – حديث رقم (٨٩)

7 سورة النور

8 انظر عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (١/ ٢٦٦)

9 انظر : العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٦)

10 هلالي أحمد عبد ا – أصول التشريع الجنائي – (ص١٥)

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف حول رجعية عقوبة القذف إلى الخلاف الواقع في سبب نزول آية القذف حيث اختلف المفسرون في سبب نزولها على قولين:([1])

الأول: أنها نزلت بسبب ما قيل في شأن عائشة رضي ا عنها يوم الإفك، وهذا القول مروي عن سعيد بن جبير، فقد أخرج ابن جرير الطبري عن خصيف قال: قلت لسعيد بن جبير: الزنا أشد أم قذف المحصنة؟ قال: لا بل الزنا، قلت: إن ا يقول:" والذين يرمون المحصنات " الآية، قال : إنما هذا في حديث عائشة خاصة "([2]).

الثاني: أنها نزلت بسبب القذفة عاماً، وليس في حادثة الإفك.

فمن رجح من المعاصرين أن الآية نزلت في حادثة الإفك قال بأن عقوبة القذف طبقت بأثر رجعي، إذ إن من الثابت أن النبي صلى ا عليه وسلم قد طبق عقوبة القذف على من قذف عائشة رضي ا عنها ومن قال بأنها نزلت عامة في القذفة، لم يجعل للنص أثراً رجعياً.

وقد علل من قال بأن حد القذف طبق بأثر رجعي قوله هذا بما ترتب على جريمة القذف من آثار خطيرة كادت تؤدي بوحدة المسلمين في مجتمع المدينة المنورة([3])، حيث خاض من خاض في عرض النبي صلى ا عليه وسلم، وأُوذي عليه الصلاة والسلام بذلك أيما إيذاء، حتى صعد المنبر فقال: " يا معشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغني أذاه في أهلي، فوا ما علمت على أهلي إلا خيرا، فقام سعد بن معاذ فقال: أنا أعذرك منه يا رسول ا ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك، فقام سعد بن عبادة فقال: لعمر ا لا تقتله ولا تقدر على قتله، فقام أسيد بن حضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة: لعمر ا لنقتلنه، فإنك منافق تجادل عن المنافقين، فثار الفريقان، الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ورسول ا صلى ا عليه وسلم يخفضهم حتى سكتوا "([4]).

يقول عبد القادرة عودة – رحمه ا - عقب سياقه لهذه الحادثة:" فهذا الحادث الذي أهم المسلمين وكاد يوقع الفتنة بينهم والذي أنزل ا فيه قرآناً، وهو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها، هو أحق ما يُجعل للنصوص فيه أثر رجعي، لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار"([5]).

---

[1] انظر القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – (١٧٢/٢)، ابن جرير الطبري – جامع البيان (المشهور بتفسير الطبري) – (٢٦٥/٩)

[2] تفسير الطبري – (٢٦٥/٩)

[3] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٧/١)

[4] رواه أحمد – (١٩٤/٦، ١٩٧)

[5] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٦٧/١)

وأما النافون للأثر الرجعي في عقوبة القذف فإنهم يقولون بذلك لأنهم ينفون أن تكون حادثة الإفك هي السبب في نزول آية القذف([1])، مستدلين بما ذكره المفسرون من أن ما نزل في براءة عائشة رضي ا عنها هو الآيات العشر من سورة النور والتي تبدأ بقوله تعالى:" إن الذين جاءوا بالإفك " وتنتهي بقوله تعالى :" ولولا فضل ا عليكم ورحمته، وأن ا رؤوف رحيم " وبهذا يتبين انفصال آية حد القذف في النزول عن الآيات التي نزلت تبرئ أم المؤمنين عائشة رضي ا عنها([2]).

الترجيح:

يظهر لي أن القول الراجح هو القول بأن عقوبة القذف لم تطبق بأثر رجعي، ولم تكن حادثة الإفك هي السّبب في نزول آية القذف.

وأما ما رواه ابن جرير الطبري عن سعيد بن جبير قوله: إن قوله تعالى: " والذين يرمون المحصنات " الآية ،نزلت في حديث عائشة خاصة، فإني أظنّ أنّ وهماً قد وقع لأحد رواته، أو لابن جرير نفسه، فإنّ الذي نزل في عائشة رضي ا عنها هو قوله تعالى:" إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لُعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم " وليس قوله تعالى:" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء " آية القذف([3])، ومما يؤيد ذلك أن ابن جرير نفسه قد أخرج حديث خصيف عن سعيد بن جبير، نفسه في موضع آخر من تفسيره بلفظ " إنّ الذين" بدل " والذين "، وذلك عقب تفسيره لآية " إن الذين يرمون المحصنات الغافلات"([4])، وبالنظر إلى سؤال خصيف لسعيد بن جبير يتأكد لك أن وهماً قد وقع إذ إن سؤال خصيف لسعيد بن جبير جاء لاستشكال الأول ما تضمنته الآية من عقوبة مغلظة وهي " اللعن " لمن يقذف المحصنات في حين أن آية حد الزنا لم تتضمن هذا التغليظ رغم أن الزنا أشد، وبالرجوع إلى الآيتين السابقتين تجد أن التغليظ قد ورد في قوله تعالى:" إن الذين يرمون المحصنات المؤمنات الغافلات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم "، ولم يرِد في آية:" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة "، فيظهر بذلك أن قول سعيد بن جبير" إنما هذا في حديث عائشة خاصة " يقصد به قوله تعالى:" إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم" وليس قوله تعالى:" والذين يرمون المحصنات " الآية ، فرواه ابن جرير مرة عقب الآية المتضمنة للعن القذفة، والصواب أن سؤال

---

[1] العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي – (ص٥٦)

[2] انظر: ابن كثير - تفسير ابن كثير – (٢٥٣/٣)

[3] ابن كثير - تفسير القرآن العظيم – (٢٦٠/٣)

[4] الطبري - تفسير ابن جرير الطبري – (٢٩٠/٩)

خصيف وجواب سعيد بن جبير قد ورد على الآية المتضمنة للعن القذفة، وليس على الآية المتضمنة لحدّ القذف([1]).

فإذا ثبت هذا ثبت أن الراجح هو القول بأنّ عقوبة القذف لم تطبق بأثر رجعي، وإنما حدّ النبي صلى ا عليه وسلم من خاض في حادثة الإفك بِحَد كان سابقاً في التشريع على موجبه، وبهذا ينتفي الأثر الرجعي في هذه العقوبة، وا تعالى أعلم.

1 الطبري - تفسير ابن جرير – (٢٦٥/٩)

المطلب الخامس

الأثر الرجعي في عقوبة القصاص

تعريف القصاص:

القصاص في اللغة : تتبع الأثر، يقال قص أثره يقصه، إذا تبعه، ومنه قوله تعالى:" وقالت لأخته قصيه "، والقصاص أيضاً: المماثلة، ومنه أخذ القصاص اصطلاحاً، لأنه يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، وقيل سمي قصاصاً لأنه يقص الخصومات، أي: يقطعها([1]).

أما اصطلاحاً: فهو معاقبة الجاني بمثل ما فعل([2]).

مشروعية القصاص:

ثبتت مشروعية القصاص بقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ من ربكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ {١٧٨}"([3]).

الأثر الرجعي في عقوبة القصاص:

ذهب عبد القادر عودة - رحمه ا - إلى القول بأن حكم القصاص الثابت بالنص السابق قد طبق بأثر رجعي على الدماء والجراحات التي كانت قائمة ولم يحكم فيها بعد([4]).

ويؤيد مذهبه - رحمه ا - بأن العرب كانت ترى تفاضلا وتبايناً بين الأنفس فإذا قُتل من قبيلة رجل ذو مكانة في قومه لم يرض أولياؤه إلا بقتل السيد من قبيلة الجاني وربما تجاوزوا ذلك إلى قتل أكثر من واحد، وكذا يتباينون في الديات، فلما جاء الإسلام كانت ما تزال بعض الجراحات والدماء لم يفصل فيها بعد، فأنزل ا تعالى آية القصاص لتقرر وجوب المماثلة بين الجريمة والعقاب، وتنهى عن الظلم وتجاوز الحد، وقد طبقت هذه الأحكام على تلك الدماء والجراحات التي كما قلنا لم يفصل فيها بعد([5]).

ويؤيد هذا القول ما جاء في سبب نزول النص، فقد نقل القرطبي عن الشعبي قوله:" إن آية الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى أنزلت في قبيلتين من قبائل العرب، اقتتلتا فقالوا: نقتل بعبدنا فلاناً بن فلان، وبأمتنا فلانة بنت فلان"([6]).

---

[1] الراغب الأصفهاني – المفردات – (ص٤٠٤)، ابن بطال الركبي – النظم المستعذب في شرح غريب المهذب – (٢٢١/٢)

[2] الموسوعة الفقهية – (١٢/ ٢٤٥)

[3] سورة البقرة

[4] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٧١/١ ، ٢٧٢)

[5] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٧١/١)

[6] انظر القرطبي - تفسير القرطبي – (٢٤٤/٢)

وروى ابن جرير في تفسيره عن قتادة قال: " كان أهل الجاهلية فيهم بغيٌ وطاعةٌ للشيطان، فكان الحيّ إذا كان فيهم عدة ومنعة فقتل عبد قومٍ آخرين عبدا لهم، قالوا: لا نقتل به إلا حرّا تعززاً لفضلهم على غيرهم في أنفسهم، وإذا قتلت لهم امرأة قتلتها امرأة قوم آخرين قالوا: لا نقتل بها إلا رجلا، فأنزل ا هذه الآية يخبرهم أن العبد بالعبد والأنثى بالأنثى فنهاهم عن البغي"([1]).

ويرى الشيخ - رحمه ا - أن تطبيق عقوبة القصاص بأثر رجعي على الوقائع والدماء التي لم يفصل فيها بعد هو من باب تطبيق التشريع الأصلح للجاني وهو الاستثناء المتفق عليه بين الجميع من قاعدة عدم رجعية التشريع الجنائي([2]).

قلت: ويشكل على ما ذكره الشيخ من تطبيق عقوبة القصاص بأثر رجعي، قوله صلى ا عليه وسلم " إلا وإنّ دم الجاهلية موضوع، وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب "([3])، حيث نص الحديث على وضع دماء الجاهلية. والمقصود بوضعها: أنه لا قصاص فيها([4]). إلا أنه قد يُجْمع بين الآية والحديث بأن تطبيق الآية كان على تلك الدماء والجراح التي لم يُفصل فيها بوجه من الوجوه بحيث لم تنقطع المطالبة بها وفُصِلَ فيها بوجه من وجوه الفصل كالصلح والدّية.

ومع هذا فإن الاستدلال بتطبيق عقوبة القصاص على إثبات جواز رجعية التشريع الأصلح للجاني يبقى فيه نظر لأنّ هذا الاستدلال لا يتم إلا أن يكون نص القصاص قد طبق في ظل وجود تشريع سابق([5]) ، أو إقرار وضع قائم([6]) يقتضيان حكماً بحيث جاء تشريع القصاص ليقرر حكماً أخف أو أصلح للجاني، وهذان الأمران أي: " وجود التشريع السابق، أو الإقرار بالوضع القائم " منتفيان، فلا يتمّ الاستدلال.

---

[1] انظر تفسير الطبري – (١٠٨/٢)، تفسير ابن كثير (١٨٣/١)

[2] عبد القادر عودة – التشريع الجنائي – (٢٧١/١)

[3] رواه مسلم – حجة الوداع – انظر: مسلم بشرح النووي – (١٨٢/٨)

[4] النووي - شرح صحيح مسلم – (١٨٢/٨)

[5] كما هو بالنسبة للّعان.

[6] كما هو الحال بالنسبة للظهار.

المطلب السادس

الخلاصة والنتائج

بعد عرض العقوبات التي بحثها فقهاء التشريع الجنائي المعاصرون، على أنها استثناءات من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي الإسلامي، والتي ثار خلاف بينهم حولها، نخلص إلى النتائج الآتية:

أولاً: وقوع الاتفاق على أن الأصل في التشريع الجنائي الإسلامي هو عدم الرجعية، وإن وقوع بعض التشريعات الجنائية وسريانها بأثر رجعيّ إنما هو استثناء من هذا الأصل.

ثانياً: وقوع الاتفاق أيضاً على أن من الحالات التي يجوز فيها أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي ما إذا كانت تلك التشريعات تتضمن حكماً جديداً هو أصلح للجاني([1]) من ذلك الذي كان سارياً أثناء ارتكاب الفعل الموجب للعقاب. كما هو الحال في عقوبة اللعان والظهار، رغم أن البعض رفض تسمية ذلك من قبيل الأثر الرجعي للتشريع الجنائي بل جعله من باب تطبيق أخف العقوبتين، والصواب أن تطبيق أخف العقوبتين لا ينفي كون ذلك قد وقع بأثر رجعي، فيكون الخلاف في هذه الحالة خلافاً شكلياً اصطلاحياً ولا مشاحة في الاصطلاح.

ثالثاً: وقوع الخلاف بين باحثي هذا الموضوع " الأثر الرجعي في التشريع الجنائي" بشأن الجرائم الخطيرة التي تمسّ أمن الدولة ونظامها العام، فيما إذا كانت خطورة هذه الجرائم وآثارها السلبية العظيمة على المجتمع يمكن أن تكون مسوّغاً لتطبيق العقوبة على مرتكبيها بأثر رجعيّ أو لا ؟

فذهب عبد القادر عودة - رحمه ا - إلى اعتبار ذلك من المسوّغات التي تجعل للتشريع الجنائي أثراً رجعياً مستدلاً على ذلك بالنصوص الجنائية التي يرى أنها طبقت بأثر رجعي كنص الحرابة والظهار والقذف.

في حين خالفه في ذلك أكثر من بحث هذا الموضوع ممن اطلعت على كتاباتهم.

وقد رأينا سابقاً أن البحث في سبب نزول هذه النصوص لا يسعف القول بأن أحكامها قد طبقت بأثر رجعي، لا سيما في نصي الحرابة والقذف. فنص الحرابة رغم أنه نزل بسبب العرنيين – كما سبق بحثه – إلا أن الثابت في هذا الموضوع أن النبي صلى ا عليه وسلم عاقب العرنيين بما عاقبهم به قبل نزول هذا النص استناداً إلى النصوص العامة التي توجب المماثلة بين الجريمة والعقاب، وقد سبق أن ذكرنا قول ابن سيرين في ذلك من أن فعل النبي صلى ا عليه وسلم هذا كان قبل أن تفرض الحدود.

---

[1] وسواء كان وجه الصلاح بالتخفيف من العقاب أو الإعفاء منه.

وكذا آية حد القذف، قد سبق أن بيّنّا أنها لم تنزل في شأن عائشة رضي ا عنها ومن ثم لم يكن تطبيق حد القذف على من اتهم عائشة رضي ا عنها بأثر رجعي لأنه كان استناداً إلى حكمٍ مقرر بنص سابقٍ على الواقعة .

وأما آية الظهار فلا يسعف الشيخ الاستدلال بها رغم تطبيقها فعلاً بأثر رجعيّ، فهي وإن كانت تصلح للاستدلال بها على إثبات الرجعية في التشريع الجنائي الإسلامي إلا أنها لا تصلح للاستدلال بها على إثبات رجعية التشريع الجنائي في الجرائم الخطيرة، ذلكم أن الظهار مع وصف ا تعالى له بالمنكر والزور، إلا أنه لا يمكن أن يعد من الجرائم الخطيرة التي تزعزع أمن الدولة ونظامها العام . ولذلك فلو أن الشيخ استدل بها على جواز رجعية التشريع الجنائي الأصلح للجاني لكان أنسب، لأنها فعلاً جاءت كذلك.

رابعاً: إذا عرفنا أن ثمة خلافاً وقع بين الباحثين في التشريع الجنائي الإسلامي حول ثبوت الأثر الرجعي في بعض التشريعات، فما هي الثمرة العملية المترتبة على هذا الخلاف؟ والجواب على ذلك هو أنه إذا كان الأثر الرجعي قد وقع في التشريع الجنائي الإسلامي النّصي فهذا يعني جواز وقوعه في التشريع الجنائي الاجتهادي أو التعزيري لما قد يستجد من تشريعات جنائية تعزيرية على ضوء ما يستجد من جرائم خطيرة تمسّ أمن المجتمع ونظامه، فمن أثبت الرجعية في التشريع الجنائي النصّي جوّز أن يكون للتشريع الجنائي التعزيري أثر رجعي وذلك في حالتين: **الأولى:** إذا كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم الخطيرة التي تمس أمن الدولة ونظامها العام. **الثانية:** إذا كان التشريع التعزيري الجديد هو أصلح للجاني من ذلك الذي كان سائداً أثناء وقوع الفعل الموجب للتعزير. وهذا متصوّر فيما إذا كان التشريع الجنائي الإسلامي مقنّناً في مواد قانونية محددة حتى في مجال التعزيرات.

وأما من لم يثبت الأثر الرجعي في التشريع الجنائي النصّي فإنه لا يجُوّز أن يكون هناك تشريعٌ جنائي تعزيري بأثر رجعيّ، ومع هذا لم يجد هذا الاتجاه بُدّاً من أن يجوّز رجعية التشريع الأصلح للجاني من هنا نجد اتفاقا واضحا على أن التشريع الجنائي يمكن أن يكون له أثر رجعي فيما إذا كان هذا التشريع أصلح للجاني، وانحصر الخلاف في المسوّغ الآخر للأثر الرجعي في العقوبة وهو خطورة الجريمة نفسها. وهو ما أوضحه في النقطتين الخامسة والسادسة.

خامساً: إن القول بأنّ الأثر الرجعي للعقوبة قد يكونُ مقبولاً في الجرائم الخطيرة التي تمس نظام المجتمع وأمنه، فلا أجِدُ له ما يُؤيّده من النصوص الشرعية ذات العلاقة. بخلاف القول بجواز رجعية التشريع الأصلح للجاني حيث وُجد ما يُمكن أن يُستدل به عليهِ من خلال النصوص الجنائية التي سبق بحثها لا سيما نصيّ اللعان، والظهار.

سادساً: ولما كانت الحاجة قائمة إلى وجود عقوبات رادعة لما قد يستجد من جرائم خطيرة تمسّ نظام المجتمع المسلم وأمنه، تلك الجرائم التي رُبما لا تكون مشمولة بالنصّ التشريعي القائم، أو لربما كان التشريع القائم([1]) لا يفي بغرض الرّدع لجسامة هذه الجرائم فإني أرى أن علاج هذا الوضع يكون بواحد من أمرين:

الأول: الأخذُ بأكثر المذاهب الفقهية توسعاً في عقوبة التعزير كتلك التي ترى جوازَ التعزير بالقَتْل([2])، وفي ذلك ردع كاف لأشد الجرائم قساوة في المجتمع .

الثاني: التوسع في مفهوم الحرابة، ليشمل تلك الجرائم الخطيرة التي تستجد في المجتمع، متوسعين في مدلول قوله تعالى:" ويسعون في الأرض فساداً " ويكون تطبيق حد الحرابة على المستجدات من الجرائم الخطيرة إما من قبيل التطبيق المباشر للنص وبالتالي لا رجعيّة في هذه الحالة، وإما أن يكون ذلك من باب التوسع في تفسير النّص، ويكون حينئذٍ تطبيق عقوبة الحرابة بأثر رجعي بحيث تكون الرجعيّة ليست لذات النّص وإنما لما يصدر عن السلطة الاجتهادية (التشريعية) من نصوص تفسيرية لنصّ الحرابة، بحيث تطال هذه النصوص التفسيرية ما وقع من جرائم خطيرة سابقة على تلك النصوص التفسيرية، وهذا نظيرُ ما يُعرف في القانون بالتشريعات التفسيرية([3])، وهي التشريعات التي تصدر بقصد تفسير قانونٍ ما، بحيث تلغي أي تفسير سابق للقانون نفسه، ويكون تطبيق التفسير الجديد للتشريع القديم هو المتعّين في الجرائم التي حدثت وقت سريان التفسير القديم ولم يُفصل فيها بعد. وهذا يقتضي بدوره عدم إلزام السلطة التشريعية في الدولة المسلمة بتفسير معين للنصوص بل يُترك هذا الأمر بحيث يمكن معه تحقيق حكمةُ هذه النصوص بعيداً عن حَرْفيتها.

---

[1] وأقصد به التشريع التعزيري القائم على تصور وجود تشريعات تعزيرية مقننة.

[2] انظر: ابن عابدين – حاشية رد المحتار – (٦٣،٦٢/٤)

[3] أو ما يعرف عندهم بنظرية التفسير الكاشف ويقصد به: تطبيق النص الجنائي القائم على كل ما تتسع له حكمة الشارع منه، ولو لم تشر إليه حرفية النص، انظر: علي راشد - القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية، ط٢، درا النهضة العربية – (ص١٥٤،١٥٥)، وانظر أيضاً: محمد سعيد جعفور - مدخل إلى العلوم القانونية – (ص٢٥٤)

المبحث الثالث
الاستثناءات الواردة
على قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي
في القانون الوضعي

تمهيد:

سبق أن ذكرنا أن التشريعات القانونية تكاد تتفق على مبدأ الشرعية الجنائية كمبدأ من أهم مبادئ التشريع الجنائي، والذي كان من أهم لوازم هذا المبدأ هو انتفاء الرجعية في التشريع الجنائي، ورغم اتفاقهم على المبدأ وعلى لازمهٍ إلا أن ثمة خلافاً وقع بشأن الاستثناءات التي يمكن أن ترد على قاعدة " عدم الرجعية في التشريع الجنائي " بعد اتفاقهم، أي القانونيين، على أن القاعدة قابلة لورود الاستثناءات عليها، وإنما الخلاف حاصلٌ في التوسع أو التضييق من هذه الاستثناءات.

وسأعرض لأهم هذه الاستثناءات من وجهة النظر التي تبناها قانون العقوبات الأردني ومُشيراً إلى بعض الخلافات في بعض المسائل الجزئية.

هذا ويفرّق القانونيون بين أربعة أنواع للقانون، وهذه الأنواع هي:

١. القوانين الموضوعية
٢. قوانين التقادم
٣. القوانين المؤقتة ومحدودة الفترة
٤. القوانين الإجرائية

وسأتناول الأثر الرجعي لهذه القوانين من خلال المطالب الأربعة الآتية.

المطلب الأول

الأثر الرجعي في القوانين الموضوعية

يرى القانونيون إمكانية سريان التشريع الجنائي بأثر رجعي وهذا مشروط بشرطين:

الأول: أن يكون هذا التشريع أصلح للجاني.

الثاني: نفاذ هذا التشريع الأصلح قبل صدور حكم مُبرم في الواقعة الجرمية([1]).

وسأتناول هذين الشرطين بشيء من الإيضاح.

الشرط الأول: أن يكون القانون أصلح للجاني.

وهذا الشرط هو الأساس الذي تقوم عليه فكرة الاستثناء من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي، وعليه لو كان التشريع الجديد المراد تطبيقه على واقعة صدرت قبله أشد من ذلك التشريع الذي كان سارياً وقت ارتكاب الفعل الموجب للعقاب، فإنه لا يُطبق، وإنما يطبق التشريع القديم([2]).

ويطبق التشريع الأصلح للمتهم بأثر رجعي على تلك الوقائع التي لم يصدر فيها حكم مبرم.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤) من قانون العقوبات الأردني على ذلك حيث جاء فيها:" كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً في مصلحة المشتكى عليه يسري حكمه على الأفعال قبل نفاذه ما لم يكن صدر بشأن تلك الأفعال حكم مبرم.

معيار القانون الأصلح:

إن معيار القانون الأصلح هو معيار موضوعي يرجع إلى ذات القانون المراد تطبيقه بالنظر إلى القانون الذي كان سائداً أثناء ارتكاب الجريمة، وعليه فإنه لا ينبغي الالتفات إلى رأي الجاني في ذلك، كما أنه لا ينبغي المقارنة بين القانونين بالجملة لتقرير ما هو أصلح، وما هو أشدّ، وإنما ينظر إلى أيهما أصلح بالنسبة للواقعة المعينة المنظورة أمام القضاء([3]).

وبناءً على ذلك فإن مفهوم القانون الأصلح يشمل الحالات التالية:

الحالة الأولى: تعديل شروط التجريم لصالح المتهم، وتشمل هذه الحالة ما يلي:

١. إذا ألغى القانون الجديد الفعل الإجرامي، بحيث أصبح الفعل المرتكب في ظل القانون القديم الذي كان يعدهُ جريمة ، أصبح في ظل القانون الجديد غير معاقب عليه، وذلك نظير إباحة

---

[1] انظر : د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – مطبعة الداودي - دمشق – (ص١٠٥)، د. محمد السالم - شرح قانون العقوبات الأردني – القسم العام - ط١ – ١٩٩٣م – (ص٢٠)

[2] محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١٠٦)

[3] انظر: كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني - عمان – ١٩٨١م – (ص٦٤، ٦٥)

التعامل بالنقد الأجنبي وإخراجه من البلد، بعد أن كان هذا التعامل أو هذا الفعل يُعدّ جريمة في ظل القانون القديم([1]).

٢. إذا أضاف القانون الجديد ركناً جديداً للفعل حتى يُعدّ جريمة لم يكن هذا الركن مشترطاً في ظل القانون القديم، كما لو شرط القانون الجديد شرط الاعتياد لإيقاع العقوبة ولم يكن الفاعل ممن يتوفر فيه هذا الشرط، فحينئذٍ يكون القانون الجديد أصلح له، وعليه لو أنه ارتكب تلك الجريمة التي عُدّلت أركانها بالتشريع الجديد – ولم يصدر فيها حُكم مُبْرم بعد – فإنه يسري عليه حكم التشريع الجديد([2]).

٣. إذا أضاف القانون الجديد سبباً من أسباب التبرير أو مانعاً من موانع العقوبة كما لو كان القتلُ دفاعاً عن المال غير مبرر في ظل القانون القديم ثم أجازه القانون الجديد فيصبح القتل الواقع في ظل القانون القديم مبرراً بتبرير الدفاع عن المال فيكون في هذه الحالة القانون الجديد هو الأصلح بالنسبة لمن قتل دفاعاً عن ماله ، فيسري عليه بأثر رجعي ولو ارتكب القتل في ظل القانون القديم([3])

الحالة الثانية: ومن الحالات التي يعدّ القانون فيها أصلح للمتهم ما إذا أبدل القانون العقوبة على الجريمة بعقوبة أخف، كما لو كانت العقوبة على الفعل إعداما فخففت في القانون الجديد لتصبح السجن المؤبد، أو كانت السجن المؤبد فخففها القانون الجديد لتصبح سجناً مؤقتاً، ففي هذه الحالة يسري القانون الجديد بأثر رجعي لأنه يكون بذلك أصلح للمتهم([4]).

الحالة الثالثة: إذا خفف القانون الجديد العقوبة ذاتها: فالقانون الأصلح هو الذي يحدد مقداراً أقل للعقوبة، فإذا خفض الحد الأقصى أو الحد الأدنى أو الحدين معاً فإنه يكون أصلح للجاني ويسري بأثر رجعي على الوقائع الجرمية السابقة على صدوره ونفاذه.

إلا أن ثمة إشكالاً يثور فيما لو كان القانون الجديد أصلح من جهة وأشدّ من جهة أخرى كما لو خفض الحد الأدنى ورفع الحد الأعلى للعقوبة، ففي مثل هذه الحالة اختلف فقهاء القانون فيما يطبق، وذلك على أربعة اتجاهات:([5])

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه أن يجمع القاضي بين التشريعين بأن يأخذ الأقل بالنسبة للحدّين من القانونين معاً، فلو كانت العقوبة من خمس سنوات إلى عشر سنوات، فعدلها القانون

---

[1] د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤٠)

[2] د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤٠)

[3] د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤١)

[4] علي راشد – القانون الجنائي – (ص١٧٥)، د. محمد السالم – (ص٤١)

[5] انظر هذه الاتجاهات عند د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١١١)، د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٦٦)، د. أكرم نشأت – القواعد العامة في قانون العقوبات – (ص٩٦، ٩٧)

الجديد لتصبح من ثلاث سنوات إلى اثنتي عشرة سنة أو جعلها من سبع سنوات إلى تسع فتصبح العقوبة – وفق هذا الاتجاه – من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات ويؤخذ على هذا الرأي أنه مزج بين القانونين بحيث يخرج بذلك قانون ثالث لم يأذن به المشرّع.

الاتجاه الثاني: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن يترك الاختيار للمتهم، بأن يختار القانون الذي يطبق عليه. وأكثر الفقهاء القانونيين لم يرضَ بهذا القول لأن المتهم لا دور له في إيقاع العقاب أو تحديده، إنما ذلك مردّه إلى القضاء.

الاتجاه الثالث: إن العبرة بالحد الأدنى للعقوبة فالقانون الذي نص على أقل الحدّين بالنسبة للحد الأدنى للعقوبة هو الذي يكون الأصلح للمتهم. ويؤخذ على هذا الرأي أنه قائم على النظر المجرد دون الالتفات إلى الواقع الذي ربما اقتضى التشديد على المتهم، وبالتالي فإن تطبيق القانون الذي خفّض الحد الأدنى ورفع الحد الأقصى للعقوبة لن يكون هو الأصلح بالنسبة له.

الاتجاه الرابع: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العبرة دائماً بالحد الأقصى للعقوبة فالقانون الأصلح للمتهم هو أخف القانونين بالنظر إلى الحد الأقصى للعقوبة ويؤخذ على هذا الرأي ما أخذ على الرأي السابق، إذ قد تقتضي ظروف الجاني التخفيف، وهنا لا يكون القانون الذي رفع الحدّ الأدنى هو الأصلح له.

ولم يحسم القانون الأردني هذه المسألة، وقد وقع الخلاف بين شراحهِ في أي الاتجاهات الأربعة يُؤخذ. فذهب بعضهم إلى ترجيح الاتجاه الرابع([1])، في حين يرى آخرون أنه يجب النظر إلى كل قضية على حدة من خلال النظر في ظروف الجاني تشديدًا أو تخفيفًا فإن كان ممن يستحقون التشديد فيكون الأصلح له في هذه الحالة ما خفض فيه الحد الأقصى للعقوبة، وإن كان ممن يستحقون التخفيف في العقوبة فيكون القانون الذي خفض فيه الحد الأدنى للعقوبة هو الأصلح بالنسبة له([2]).

الحالة الرابعة: إذا قرر القانون الجديد وجهاً جديداً للإعفاء من المسؤولية الجنائية مع الإبقاء على وصف الجريمة ذاتها.

ومثال هذه الحالة رفع سن المسؤولية الجنائية المخففة من سنّ السابعة حتى سنّ الثانية عشرة، فيعتبر القانون الجديد حينها أصلح للمتهم ويجب تطبيقه بأثر رجعي على ما سبقه من وقائع لم يصدر حكم مبرم بشأنها([3]).

---

[1] د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – القسم العام – (ص٤١)

[2] د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٦٧)

[3] د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٦٣)، د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤٢)

الحالة الخامسة:

تعديل قواعد الملاحقة من قبل القانون الجديد على نحوٍ يفيد الجاني. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون العقوبات الأردني على أن " كل قانون يعدل حقّ الملاحقة يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاةً للمدعى عليه ".

فقواعد الملاحقة بناء على هذا النص، تسري بأثر رجعي إذا كانت أصلح للجاني وهي - أي قوانين الملاحقة – تكون بهذا الاعتبار أقرب إلى القوانين الموضوعية منها إلى قوانين الإجراءات([1]).

ومثال هذه الحالة فيما لو كان القانون القديم لا يشترط تقديم شكوى لتحريك الدعوى العمومية، وجاء القانون الجديد يشترط ذلك، فإن القانون الجديد يكون في هذه الحالة أصلح للمتهم، ويجب أن يسري على الوقائع السابقة له بأثر رجعي([2]).

الشرط الثاني: نفاذ القانون الأصلح قبل صدور حكم مبرم في الدعوى.

والشرط الثاني لسريان القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي هو نفاذ هذا القانون قبل أن يصدر حكم مبرم في حق المتهم، والحكم المبرم هو الحكم الذي استنفد كافة طرق الطعن، بحيث لم يعد قابلاً للطعن بأي طريق من طرق الطعن المعروفة([3]).

ولم يوضح القانون الأردني ما إذا كان القانون الأصلح للمتهم يصبح واجب التنفيذ لمجرّد صدوره، أم لا بد من مرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية بعد تصديقه. وإذا كان الأمر كذلك فإن ذلك يعني أن القانون الأصلح إذا صدر وتأخر نفاذه حتى صدر حكم مبرم في الدعوى أي: بعد الصدور وقبل النفاذ، فإن هذا القانون لا يسري بأثر رجعي([4]). إلا أن يكون القانون الأصلح ينص على أن الفعل أصبح غير معاقب عليه في ظل القانون الجديد، ففي هذه الحالة يسري هذا القانون بأثر رجعي ليطال تلك الوقائع التي حدثت قبل صدوره حتى ولو صدر فيها حكم مبرم، وفائدة ذلك تظهر في عدم تنفيذ ما صدر فيها من أحكام، وامتناع محاكمة الشخص في الوقائع التي لم يصدر فيها حكم بَعْد إعمالاً للقانون الأصلح بأثر رجعي([5]).

---

1 د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٦٨)

2 د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٦٩)

3 د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١١١)

4 د. كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٣)

5 علي راشد – القانون الجنائي – (ص١٧٨)، د.كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٣)، د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١١٢)

المطلب الثاني

الأثر الرجعي في القوانين المتعلقة بالتقادم

ويقصد بقوانين التقادم: القوانين المقرّرة ِللْمُدة المقررَة لسقوط الحق في إقامة الدعوى العامة، أو المدّة المقرّرة لسقوط العقوبة([1]).

وتشمل هذه القوانين نوعين من التقادم:([2])

الأول: تقادم الجريمة، أو الدعوى العامة ويفترض هذا النوع من التقادم وقوع جريمة وعدم قيام دعوى عامة فيها، لأي سبب، أو قيام الدعوى العامة وعدم صدور حكم مبرم فيها، أيضاً لأي سبب كان.

الثاني: تقادم العقوبة، وهذا النوع من التقادم يفترض صدور حكم مبرم بإدانة المتهم في جريمة ما، ولكنه لم يُنَفّذْ لأي سبب.

فهذان النوعان قد وقع خلاف بين شراح القانون في إمكان رجعيتها، ويرجع السبب إلى الاختلاف في طبيعة هذه القوانين، هل هي قوانين موضوعية أم شكلية؟ فمن غاب الصفة الموضوعية لهذه القوانين رأى تطبيق قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم، ومن رأى أنها أقرب إلى قوانين الإجراءات ولا تمسّ أصل الحقّ رأى وجوب تطبيقها بأثر رجعي في جميع الحالات. وحجة هذا الرأي أن مثل هذا النوع من القوانين إنما يصدرُ لتحقيق المصلحة العامة، وليس تقرير مصلحة متعلقة بشخص الجاني، وعليه فإنه يجب تطبيقها بأثر رجعي على جميع الجرائم والأحكام التي صدرت قبل تشريعها([3]).

وقد حسم القانون الأردني للعقوبات ذلك فنص على أنه إذا عدّل ميعاد التقادم على جرم أو عقوبة سرى هذا الميعاد وفقاً للقانون القديم على أن لا يتجاوز مدة الميعاد المقرر الذي حدده القانون الجديد محسوباً من يوم نفاذه([4]).

---

1 د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١١٧)

2 د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤٢)، كامل السعيد – الأحكام العامة – (ص٤٤)

3 د. محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي (ص١١٥ - ١١٧)، كامل السعيد، الأحكام العامة للجريمة – (ص٧١)

4 د. محمد السالم – شرح قانون العقوبات الأردني – (ص٤٤)

المطلب الثالث

الأثر الرجعي في القوانين محدودة الفترة والمؤقتة

ويقصد بالقوانين محدودة الفترة: القوانين التي يُنص على مدة سريانها والعمل بها في ذات القانون, بحيث يصبح العمل بها منتهيا بمجرد انقضاء تلك الفترة.

أما المؤقتة: فهي القوانين التي تصدر عن السلطة التنفيذية عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلاً وذلك في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية([1]).

فالفرق بين النوعين أن القانون المحدد ينتهي العملُ بموجبه بمجرّد انتهاء الفترة المنصوص عليها، بخلاف المؤقتة فهي تبقى سارية المفعول إلى حين صدور تشريع جديد ينص على إنهاء العمل بها([2]).

الأثر الرجعي في هذا النوع من القوانين:

سبق أن ذكرنا أن القوانين الجنائية التي تسري بأثر رجعي هي القوانين الأصلح للجاني وبينا أن هذا الأمر محل اتفاق بين القوانين على خلاف في بعض الجزئيات. ومع ذلك فقد استثنت معظم التشريعات القانونية قوانين المدّة المحددة والقوانين المؤقتة من قاعدة " رجعية القانون الأصلح "([3]).

وعلّة هذا الاستثناء؛ أن هذه القوانين غالباً ما تصدر لمواجهة ظروف خاصة، فلو قلنا برجعية القانون الأصلح في حق من خالف تلك القوانين فإن ذلك سيؤول إلى مخالفتها بالفعل والتهرب إلى حين انتهاء العمل بموجبها إذا كانت محددة، أو إلى حين صدور ما يلغي العمل بموجبها إذا كانت مؤقتة وهو أمر معلوم الفساد ولا يمكن قبوله. ولذا عملت معظم التشريعات إلى عدم تطبيق القانون الأصلح بأثر رجعي على مخالفي هذا النوع من القوانين.

هذا وقد خلا التشريع الجنائي الأردني من النص على هذا الاستثناء، ومن ثم يتعين الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة فيه، وبالنظر إلى هذه القواعد تجد أنه ينبغي التفريق بين ثلاث حالات:([4])

الحالة الأولى: إذا كان القانون المحدد قد جرّم بصدوره فعلاً لا يُجرمه القانون العادي، فإنّ الوضع القانوني الجديد الناشئ عن صدور قانون جديد ينهي العمل بالقانون المحدد أو الوضع

---

[1] انظر: علي شطناوي – مبادئ الـقانون الإداري الأردني – (ص١٠٤)، وانظر نص المادة (٩٤) من الدستور الأردني

[2] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٥)

[3] علي راشد – القانون الجنائي – (ص١٨١)، أكرم نشأت – القواعد العامة في قانون العقوبات – (ص١٠٢، ١٠٣)، محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي– (ص١٠٧)

[4] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٦،٧٧)

الناشئ عن انتهاء مدّة القانون، فهذا الوضع القانوني الجديد يسري بأثر رجعي بحق المخالفين للقانون المحدد، وسواء صدر بحقهم حكم أم لم يصدر([1])

الحالة الثانية: أما إذا كان القانون المحدد ينص على تشديد عقوبة منصوص عليها في القانون العادي بمعنى أن الجديد الذي جاء به القانون المحدد هو التشديد فقط بينما أصل العقوبة منصوص عليه في القانون العادي، ففي هذه الحالة يسري القانون الأصلح بأثر رجعي على مخالفي القانون المحدد الذين لم يصدر بحقهم حكم مبرم طبقاً للقواعد العامة، بخلاف من صدر بحقه حكم مبرم فلا يسري عليه القانون الأصلح (العادي)([2]).

الحالة الثالثة: إذا كان القانون المحدد مخفف للعقوبة المقررة في القانون العادي، فيفرق بين الواقعة التي صدر فيها حكم، والواقعة التي لم يصدر فيها حكم مبرم كالحالة الثانية تماماً([3]).

---

[1] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٦)

[2] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٦)

[3] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٧)

المطلب الرابع

الأثر الرجعي في القوانين الإجرائية

القاعدة العامة في ذلك أن القوانين المنظمة لقواعد أصول المحاكمات الجزائية أن هذه القوانين واجبة التنفيذ ، بحيث تسري بأثر رجعي على الأفعال التي وقعت قبل صدروها فتشمل القضايا التي رفعت أمام القضاء ولم يتم الفصل فيها والقضايا التي لم ترفع بعد([١]).

أما القوانين المتعلقة بكيفية تنفيذ العقوبة، فقد تباينت وجهات النظر حول رجعيتها تبعاً للاختلاف في طبيعة هذه القوانين، فمن رأى أنها أقرب إلى القوانين الإجرائية، قال برجعيتها، ومن رأى أنها أقرب إلى قوانين الموضوع لم يَقُلْ برجعيتها([٢]).

ولم ينصّ المشرّع الأردني على هذا النوع من القوانين، فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة التي تقتضي بأنه إذا عدّل القانون طريقة تنفيذ عقوبة معينة تعديلاً يؤثر على أصل العقوبة، فإن هذا التعديل لا يسري بأثر رجعي إلا إذا كان هذا التعديل أصلح للجاني، فحينها تطبق قاعدة تطبيق القانون الأصلح للجاني([٣]).

بين الشريعة والقانون:

بعد هذا العرض لموقف الشريعة والقانون من الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي نخلص إلى ما يأتي:

أولاً: الاتفاق على أن الأصل في التشريع الجنائي هو عدم الرجعية، وما يسري فيه بأثر رجعي إنما هو استثناء من هذه الأصل تقتضيه مسوّغات خاصة.

ثانياً: اتفاق الشريعة والقانون على أن القانون أو التشريع الأصلح للمتهم يجب أن يسري بأثر رجعي ليطال الوقائع الجرمية التي حدثت قبل صدوره، شريطة أن لا يكون قد صدر في هذه الوقائع أحكام قطعية.

ثالثاً: إن رجعية قوانين التقادم أو المتعلقة بأصول المحاكمات الجزائية فإنها وإن كانت من إفرازات القانون الوضعي، فإن الشريعة لا تأباها، ذلك أن هذه الإجراءات غالباً ما تصدر لتحقق أكبر قدر ممكن من عدالة المحاكمة وحسن سيرها، لا سيّما في ظل الظروف والتطورات التي أصابت المجتمعات المعاصرة. ولذلك فإني أرى أن الفقه الإسلامي ذا المصادر الرحبة والمرنة ليتّسع إلى هذا النوع من الإجراءات وكيفية ثبوتها وسريانها، ومن ثم يمكن القول بأنه لا مانع

---

[1] انظر: محمد الفاضل – المبادئ العامة في التشريع الجنائي – (ص١١٣)

[2] كامل السعيد - الأحكام العامة للجريمة – (ص٧١،٧٢)

[3] كامل السعيد – الأحكام العامة للجريمة – (ص٧٢)

من الناحية الشرعية من القول برجعية هذا النوع من القوانين، وتطبيق ما يستجدّ منها بأثر رجعي ما دامت لا تمسّ أصل الحق المدّعى به، وا تعالى أعلم.

الخاتمة والتوصيات

الحمد   رب العالمين, والصلاة والسلام على خاتم المرسلين, وبعد:

فقد توصل الباحث في هذه الرسالة إلى النتائج الآتية:

- الأثر الرجعي هو: امتداد أثر الحكم الثابت عند تمام علته, إلى وقت ابتداء انعقادها, أو قيام محلها، ويظهر الأثر الرجعي في الحكم الشرعي في حالة حدوث تراخٍ بين وقت انعقاد العلة وبين ثبوت حكمها وهذا التراخي يرجع إلى سببين:

الأول: تخلف وصف من أوصاف العلة.

الثاني: وجود مانع يمنع من ترتب الحكم على علته, حتى إذا ما تحقق الأول وانتفى الثاني, ثبت الحكم بأثر رجعي من وقت انعقاد العلة.

- من الممكن أن تسري الأحكام المدنية في النصوص القرآنية بأثر رجعي، والقاعدة العامة أن النصوص القرآنية ليس لها أثر رجعي من الناحية الجنائية.
- العقد الموقوف يفيد حكمه بأثر رجعي من حين انعقاده وذلك في جميع صوره وحالاته, بعد إجازته من صاحب الشأن، والعقد المضاف إلى زمن يثبت حكمه مقتصراً ولا يثبت بأثر رجعي إلا في حالة عقد الوصية فقط، أما العقد المعلق على الشرط يفيد حكمه عند ثبوت الشرط وهو معدوم قبله ولذلك ليس للحكم الثابت بالعقد المقترن بخيار الشرط أثر رجعي. وموافقة القانون المدني للفقه الإسلامي في هذه المسألة، وأما العقد المقترن بخيار الشرط يفيد حكمه بأثر رجعي من حين انعقاده بعد إمضائه ممن له حق الإمضاء.
- للإجازة أثر رجعي يظهر في إنفاذ التصرفات الموقوفة.
- يثبت التعديل اللاحق بمحل العقد بأثر رجعي في كل من عقد البيع والرهن والنكاح.
- انحلال العقد بالإقالة أو بالفسخ - سواء قلنا بأنه رفع للعقد من أصله أم من حينه - يثبت بأثر رجعي, فيجعل العقد وكأنه لم يوجد أصلاً.
- تملك المضمونات بأثر رجعي عند أداء الضمان وفقاً لاجتماع البدل والمبدل في ملك واحد.
- يثبت الحكم القضائي بأثر رجعي في بعض حالاته, ويثبت مقتصراً في حالات أخرى.
- إذا كان المحكوم به مما يفتقر في وجوده إلى حكم قضائي, فإن ما يصدروه في هذا النوع من أحكام قضائية (يثبت مقتصراً) وليس لها أثر رجعي.
- إذا كان المحكوم به لا يفتقر في وجوده إلى حكم قضائي ثم ثار نزاع حول ذلك الحق, وصدر حكم قضائي به, كان لهذا الحكم أثر رجعي.

- الأصل في التشريع الجنائي ثبوته مقتصرًا, وسريان التشريع الجنائي بأثر رجعي هو خلاف الأصل.
- اتفاق الشريعة والقانون على سريان التشريع الأصلح للجاني بأثر رجعي.
- أسبقية التشريع الجنائي الإسلامي على القانون الوضعي, في إقرار رجعية التشريع الأصلح للجاني استدلالاً بنص الظهار, وعقوبة اللعان.
- لا تعتبر فداحة الجريمة وقسوتها, مسوّغًا لسريان التشريع الجنائي بأثر رجعي.

وأخيرًا فإنّ الباحث يوصي بما يأتي:

أولاً: دراسة مفهوم الأثر الرجعي في العبادات.

ثانيًا: دراسة مفهوم التبيين وتطبيقاته في الفقه الإسلامي.

المراجع

- الإبياني، محمد زيد، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، بيروت، مكتبة النهضة.
- ابن الأثير، مجد الدين بن محمد الجزري، (ت٦٣٠هـ)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ط١،(٤م)، بيت الأفكار الدولية، عمان.
- الأزهري، صالح عبد السميع، **(**١٩٩٧م)، **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل**، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الأشقر، عمر سليمان، **(**٢٠٠١م)، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، ط٢ عمان، دار النفائس.
- الأصبحي، مالك بن أنس، (ت١٧٩هـ)، **المدونة الكبرى**، ط١، (١٠م)، دار الكتب العلمية بيروت، (١٩٩٤م).
- الأصفهاني، الحسين بن محمد، (ت٥٠٢هـ)، **المفردات في غريب القرآن**، (١م)، **(**محمد سيد كيلاني**)** ، دار المعرفة، بيروت.
- أكرم، إبراهيم، **القواعد العامة في قانون العقوبات**، القسم العام، بغداد، المكتبة الأهلية.
- الألباني، محمد ناصر الدين، **(**١٩٨٥م**)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط٢ بيروت ، المكتب الإسلامي.
- أمير باد شاه، محمد أمين، **تيسير التحرير**، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الأنصاري، القاضي أبو يحيى زكريا، **(**٢٠٠١م)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- أنيس، إبراهيم، **المعجم الوسيط**, ط٢.
- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، (ت٧٨٦هـ)، **شرح العناية على الهداية**, مطبوع بهامش شرح فتح القدير، ط٢، (١٠م)، دار الفكر، بيروت.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، (ت٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار على أصول البزدوي**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٧م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت٢٥٦هـ)، **صحيح البخاري**، ط٢، (٤م)، المكتبة العصرية، صيدا، (١٩٩٧م).
- أبو البصل، عبد الناصر موسى، (٢٠٠٠م)، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون**، ط١، عمان، دار النفائس.
- البهنسي، أحمد فتحي، **(**١٩٥٨م**)، العقوبة في الفقه الإسلامي**، القاهرة، دار الكتاب العربي.

- البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس، (ت١٠٥١هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع،** (٦م)، عالم الكتب، بيروت، (١٩٨٣م).
- البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس، (ت١٠٥١هـ)، **شرح منتهى الإرادات،** ط٢، (٢م)، عالم الكتب، بيروت، (١٩٩٦م).
- البورنو، محمد صدقي، (٢٠٠٠م)، **موسوعة القواعد الفقهية،** ط٢، بيروت، دار ابن حزم.
- البيضاوي، عبد ا بن عمر، (١٩٩٩م)، **تفسير البيضاوي**, مطبوع بهامش حاشية محي الدين زاده، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، (ت٢٧٠هـ)، **سنن الترمذي،** ط١، مكتبة المعارف، الرياض.
- التسولي، علي بن عبد السلام، (ت١٢٥٨هـ)، **البهجة في شرح التحفة،** ط٢، (٢م)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، (١٩٥١م).
- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، (ت٧٩٢هـ)، **شرح التلويح على التوضيح،** ط١، (٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٦م).
- التهانوي، ظفر أحمد العثماني،(١٩٩٥م)، **إعلاء السنن،** ط٣، كراتشي، إدارة القرآن والعلوم.
- الجرجاني، الشريف علي بن محمد، **(١٩٨٣م)، التعريفات،** ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- جرجس جرجس، **(١٩٩٦م)، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية،** بيروت، الشركة العالمية للكتاب.
- جعفور، محمد سعيد، **(١٩٩٩م)، مدخل إلى العلوم القانونية،** الجزائر، دار الهوجة.
- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، (ت٣٧٠هـ)، **أحكام القرآن،** (٤م)، **(**محمد الصادق قمحاوي**)** ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، **(**١٩٨٥م**).**
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، **مختار الصحاح،** ط٣، بيروت، دار العلم**.**
- الحاكم، الحافظ أبو عبد ا ، **المستدرك على الصحيحين،** وبذيله التلخيص للذهبي، بيروت، دار المعرفة.
- ابن حجر، أحمد بن علي، (ت٨٥٢هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري،** ط١، (١٣م)، دار الريان للتراث، القاهرة، **(**١٩٨٦م**).**
- ابن حزم، علي بن أحمد، (ت٤٥٦هـ)، **المحلى بالآثار، (**١٢م**)،** (تحقيق عبد الغفار البنداري)، دار الفكر، بيروت**.**
- الحصني، أبو بكر محمد بن عبد المؤمن،(ت٨٢٩هـ)، **كتاب القواعد،** ط١، **(**٤م**)،** مكتبة الرشد، الرياض، **(**١٩٩٧م**).**

- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، (ت٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ط٣، **(**٦م**)**، دار الفكر، بيروت، **(**١٩٩٢م).
- الحموي، أحمد بن محمد، (١٩٨٥م)، **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، بيروت، دار الكتب العلمية.
- حنبل، أحمد بن محمد، (٢٠٠١م)، **المسند**، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- حيدر، علي، **(**١٩٩١م)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ط١، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل.
- الخرشي، محمد، (ت١١٠١هـ)، **الخرشي على مختصر خليل**،(٤م)، دار الفكر، بيروت.
- الخطيب، محمد الشربيني، (ت٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (٤م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الخميس، عبد ا بن عبد الواحد، **التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي**.
- داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، (ت١٠٨٧هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، ط١، **(** ٢م**)**، دار الكتب العلمية، بيروت، **(**١٩٩٨م**)**.
- داود، أحمد بن محمد علي،**(**١٩٩٩م**)**، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، ط١، عمان، مكتبة الثقافة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت٢٧٥هـ)، **سنن أبي داود**، ط١، **(**١م**)**، مكتبة المعارف، الرياض.
- الدردير، أحمد بن محمد، **(**١٩٩٥م**)**، **الشرح الصغير بشرح بلغة السالك**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الدسوقي، محمد عرفة، (ت١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١، **(**٤م**)**، دار الفكر، وطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، **(**١٩٩٦م).
- الديب، محمود عبد الكريم، (١٩٩٩م)، **بدء سريان الالتزام**، الإسكندرية.
- راشد، علي، **(**١٩٧٤م)**، القانون الجنائي, المدخل وأصول النظرية العامة**، ط٢، دار النهضة العربية.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، **(**١٩٩٧م)، **العزيز شرح الوجيز**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية،
- الربيعة، عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي، (١٩٨٠م)، **السبب عند الأصوليين**، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود،
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، (ت٧٩٥هـ)، **القواعد في الفقه الإسلامي**، ط١، (١م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٢م).

- الرحيباني، مصطفى السيوطي، (١٩٩٣م)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط١، بيروت، المكتب الإسلامي.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط١، (٤م) - مكتبة ابن تيمية، القاهرة، (١٤١٥هـ).
- الركبي، محمد بن أحمد بن بطال، (١٩٩٤م)، **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب**، مطبوع بهامش المهذب، دار إحياء التراث العربي، ط١.
- الرملي، أبو العباس بن أحمد، (٢٠٠١م)، **حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، (١٩٩٣م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، دار الكتب العلمية.
- زاده، محمد بن مصلح الدين مصطفى، (١٩٩٩م)، **حاشية محيي الدين شيخ زاده على تفسير البيضاوي** ، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الزرقاء ، مصطفى أحمد ، (١٩٦٨م)، **المدخل الفقهي العام**، ط٩، دار الفكر.
- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد ا ، (ت٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد**، (٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٠م).
- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد ا ، (ت٧٩٤هـ)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ط١، (٧م)، مكتبة العبيكان، الرياض، (١٩٩٣م).
- الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد، (١٩٦٢م)، **تخريج الفروع على الأصول**، دمشق، جامعة دمشق.
- أبو زهرة، محمد، **الجريمة والعقوبة**، القاهرة، دار الفكر العربي.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت٧٦٢هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط١، (٧م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٠م).
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي ،(ت٧٦٢هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، ط٢، (٤م)، مكتبة الرياض.
- سالم، إبراهيم، (١٩٩٩م)، **الإضافة في العقود**، رسالة ماجستير غير منشورة، عمان، الجامعة الأردنية
- السالم، محمد، (١٩٩٣م)، **شرح قانون العقوبات الأردني**, ط١، القسم العام، مكتبة بغدادي.
- السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت٧٥٦هـ)، **الإبهاج في شرح المنهاج**، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السرخسي، محمد بن أحمد، (ت٤٩٠هـ)، **أصول السرخسي**، (٢م)، دار المعرفة، بيروت.

- السرخسي، محمد بن أحمد، (ت٤٩٠هـ)، **المبسوط** ، (١١م)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٢٠٠٠م).
- السرطاوي، محمود علي، (١٩٩٧م)، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، ط١، عمان دار الفكر.
- أبو سعد، محمد شتا، **(١٩٨٤م)، الأثر الرجعي للشرط في القانون المدني المصري والمقارن**، مطبعة جامعة القاهرة.
- السعيد، كامل، (١٩٨١م**)، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني**، عمان، الجامعة الأردنية.
- سلطان، أنور، (١٩٨٧م)، **مصادر الالتزام في القانون الأردني**، عمان، الجامعة الأردنية.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني**، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **(**١٩٥٤م)، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- السيوطي، أبو الفضل جلال الدين بن عبد الرحمن، (ت٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** ، ط١، (١م)، مؤسسة الكتب الثقافية، (١٩٩٤م).
- الشاشي، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد، **(**١٩٨٨م)، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، عمان، مكتبة الرسالة.
- الشافعي، محمد بن إدريس، (ت٢٠٤هـ)، **الأم**، ط٢، (٤م)، دار الفكر، ١٩٨٣م.
- ابن الشاط، محمد علي بن حسين، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، مطبوع بهامش الفروق، بيروت، عالم الكتب.
- الشبراملسي، نور الدين علي بن علي، **(**١٩٩٣م)، **حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج**، مطبوع بهامش نهاية المحتاج، بيروت، دار الكتب العلمية.
- شطناوي، علي شطناوي، **(**١٩٩٣م)، **مبادئ القانون الإداري الأردني**، عمان، المركز العربي للخدمات الطلابية.
- الشلبي، **(**٢٠٠٠م)، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق**، ط١، مطبوع بهامش تبيين الحقائق، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت٤٧٦هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ط١، (٢م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، **(**١٩٩٤م).
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت١٢٥٠هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول**، ط١، (١م)، دار الفكر، بيروت، **(**١٩٩٢م).

- الصاوي، أحمد بن محمد، **(**١٩٩٥م)، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الطبري، محمد بن جرير، (ت٣١٠ هـ)، **تفسير الطبري المسمى: جامع البيان في تأويل القرآن**، ط٣، (١٦)**،** دار الكتب العلمية، بيروت، **(**١٩٩٩م).
- الطبري، محمد بن جرير، (ت٣١٠ هـ)، **تهذيب الآثار، الجزء المفقود**، ط١، **(**١م)، **(** تحقيق علي رضا عبد ا)، دار المأمون للتراث، دمشق، **(**١٩٩٥م).
- ابن عابدين، محمد الأمين، (ت١٢٥٢هـ)، **حاشية رد المحتار على الدّر المختار**، (٨م)، دار الفكر، بيروت، **(**١٩٩٢م).
- ابن عادل الدمشقي، أبو حفص عمر بن علي، **(**١٩٨٨م)، **اللّباب في علوم الكتاب**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- عالمكير، **(**١٩٨٠م)، **الفتاوى الهندية**، ط٣، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- عبابنة، علي بن إبراهيم، **(**٢٠٠٠م)، **إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية**، ط١.
- عبد ا ، أحمد هلالي، **(**١٩٩٥م)، **أصول التشريع الجنائي**، القاهرة، دار النهضة.
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، القاهرة، دار الفضيلة.
- عبود السراج، **التشريع الجنائي**، دمشق، مطبعة رياض.
- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد ا ، (ت٥٤٣ هـ)، **أحكام القرآن**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٨٨م).
- العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، (ت٦٦٠هـ)، **قواعد الأحكام**، (١م) مؤسسة الريان، (١٩٩٠م).
- عليش، محمد أحمد، **تقريرات عليش على الشرح الكبير**, مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
- عليش، محمد أحمد، **منح الجليل على مختصر خليل**، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.
- عودة، عبد القادر، **التشريع الجنائي الإسلامي**، بيروت، دار الكتاب العربي.
- العيني، محمود بن أحمد بن موسى، (٢٠٠٠م)، **البناية شرح الهداية**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الغزالي، محمد بن محمد، **(**١٩٩٧م)**، الوسيط في المذهب**، ط١، القاهرة، دار السلام.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، **(**١٩٩٧م)، **معجم مقاييس اللغة**، ط١، بيروت، دار الجيل.
- الفاضل، محمد، **(**١٩٧٦م)، **المبادئ العامة في التشريع الجنائي**، دمشق، مطبعة الرّاودي.
- فراج، أحمد فراج حسين، **الملكية ونظرية العقد**، ط١، مصر، مؤسسة الثقافة.

- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن أبي عبد ا ، **(١٩٩٥م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الفقي، حامد، **(٢٠٠٣م)، الإقالة في عقد البيع**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- فيض ا ، محمد فوزي، **(١٩٨٣م)، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، الكويت، مكتبة التراث الإسلامي.
- الفيومي، أحمد بن محمد، (ت٧٧٠هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، دار القلم، بيروت.
- قاضي زادة، شمس الدين أحمد، **نتاج الأفمار في كشف الرموز والأسرار**، ط٢، بيروت، دار الفكر.
- ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، **(١٣٠١هـ)، جامع الفصولين**، ط١، بولاق، المطبعة الكبرى.
- ابن قدامة، عبد ا بن أحمد بن محمد، (ت٦٢٠هـ)، **المغني، (١٢)**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن قدامة، عبد ا بن أحمد بن محمد، (ت٦٢٠هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ط١، (٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٤م).
- ابن قدامة، موفق الدين عبد ا بن أحمد، **روضة الناظر في علم الأصول**، ط١، دار الحبيب.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت٦٨٤هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام** ط٢، (١م)، (عبد الفتاح أبوغدة)، (١٩٩٥م).
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت٦٨٤هـ)، **الفروق**،(٢م)، عالم الكتب، بيروت.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، ط١، (١٠م)، دار الغرب الإسلامي، (١٩٩٤م).
- القرطبي، محمد بن أحمد، (١٩٦٧م)، **الجامع لأحكام القرآن**، القاهرة، دار الكتاب العربي.
- قلعجي، محمد رواس، **(١٩٨٥م)، معجم لغة الفقهاء**، بيروت، دار النفائس.
- قليوبي وعميرة، **(١٩٩٧م)، حاشية القليوبي وعميرة على كنز الراغبين**، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- القونوي، عصام الدين إسماعيل بن محمد، (ت١١٩٥هـ)، **حاشية القونوي على تفسير البيضاوي**، ط١، (٢٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠١م).
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود، **(١٩٨٢م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، بيروت، دار الكتاب العربي.

- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل، (ت٧٧٤هـ)، **تفسير القرآن العظيم،** ط١، (٤م)، المكتبة العصرية، بيروت، (١٩٩٦م).
- الكيا الهراسي، عماد الدين بن محمد، (١٩٨٣م)، **أحكام القرآن،** ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، **سنن ابن ماجه،** ط١، الرياض، مكتبة المعارف.
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير**،(٢٤م)، (تحقيق محمد مرسي)، دار الفكر، بيروت، (١٩٩٤م).
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت٤٥٠هـ)، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية،** ط٣، (١م)، (١٩٧٣م).
- ماهر الدرة، (١٩٩٠م)**، الأحكام العامة في قانون العقوبات،** ط١.
- أبو المحاسن، عبد الواحد بن إسماعيل، (٢٠٠٢م)، **بحر المذهب في فروع الإمام الشافعي،** ط١، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد، (١٩٩٧م)**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،** ط١، بيروت، دار الكتب العلمية.
- مرسي، محمد كامل، **شرح قانون العقوبات المصري،** ط٢، القاهرة.
- ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد، (١٩٧٤م)، **المبدع في شرح المقنع،** دمشق، المكتب الإسلامي.
- ابن مفلح، أبو عبد ا محمد بن مفلح، (ت٧٦٣هـ)، **الفروع،** ط٣، (١٠م)، عالم الكتب، بيروت، (١٩٦٠م).
- المنجور، أحمد بن علي، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب،** دار عبد ا الشنقيطي، (تحقيق محمد الأمين).
- ابن منظور، (١٩٩٣م)، **لسان العرب،** ط٣، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- الموصلي، عبد ا بن محمود، **الاختيار لتعليل المختار،** بيروت، دار المعرفة.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسي،(ت٨٩٧هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل،** ط٣، (٦م)، مطبوع بهامش مواهب الجليل، دار الفكر، (١٩٩٢م).
- الميرغناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، (ت٥٩٣هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي،** ط٢، (١٠م)، مطبوع بهامش فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر،** ط١، (١م)، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٩م).

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق،** ط١، (٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب بن علي، **سنن النسائي،** ط١، الرياض، مكتبة المعارف.
- نقابة المحامين، (١٩٩٣م)، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني،** ط٣، عمان، مطبعة التوفيق.
- النووي، يحيى بن شرف، (ت٦٧٦هـ)، **المجموع شرح المذهب،** (٢٣م)، مكتبة الإرشاد، جده.
- النووي، يحيى بن شرف، (ت٦٧٦هـ)، **شرح صحيح مسلم،** (٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، (ت٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين،**(٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (١٩٧٧م)، **شرح فتح القدير على الهداية،** بيروت، دار الفكر.
- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، (ت٨٠٧هـ)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد،** ط٣، (٤م)، دار الكتاب العربي، بيروت، (١٩٨٢م).
- الونشريسي، أحمد بن يحيى، (١٩٩١م)، **إيضاح المسالك إلى قواعد مالك،** ط١، كلية الدعوة الإسلامية.
- ياسين، محمد نعيم، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية،** وزارة الأوقاف الأردنية.
- ياسين، محمد نعيم، **الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي،** دار الفرقان.
- يوسف علي ومصطفى نجيب، (١٩٩٨م)، **فقه العقوبات،** عمان، جامعة القدس المفتوحة.

Retroactive force and its applications in Islamic Provisions

By
Abdelhafeth Yousof Abu – Hamida

Supervisor:
Prof. Dr. Mohammad Hassan Abu – Yahia

Abstract

This piece of research tackles the concept of retroactive force and its applications in Islamic Jurisprudence. The present study falls in four chapters. In the first chapter, the concept "retroactive force" is introduced and explained in light of the pertinent Islamic provisions and rules.

The researcher has found that Islamic rulings are retroactively valid should there be a lapse of a period of time between the occurrence of the\e event and the issuance of its ruling. The space of time has been found to be the common case giving rise to retroactivity in Islamic rulings. The concept retroactivity has been explained against a number of fundamental and juristic rules including the one that "a ruling revolves along with its causative event both in existence and nonexistence", the rule of juristic consideration, the rule of ownership, and the rule that abrogation eliminates the contract once abrogation is enacted.

Retroactivity, worth mentioning, was referred to by Islamic jurisprudent as *Istinad* (reference) by the Hanafites and in?itaf by the majority of jurisprudents. The next three chapters of the study were in the form of applied cases in three areas where retroactivity appears: transactions, civil affairs and legal penalties.

In the first area, retroactivity was examined in terms of the rulings of commencement. It has been found that commencement does retroactively serve the ruling in terms of the suspended. As for the delayed, it has been found applicable in one form of it: the will

The researcher then examined retroactivity of commission of suspended contracts showing that it has a retroactive effect on the enforcement of implementing suspended contract actions only.

The study also tackles the retroactive effect of approval of suspended contract actions, showing that these do have retroactive effects in the enforcement of only suspended contract actions.

The researcher also looked into retroactivity in sudden modification on the place of contract and the ensuing commitment including, for example, modification affected in the sold material and the price in the selling contract, the sudden modification on debts and on the mortgaged contract, in addition to the modification of the dowry in the marriage contract, in all cases of which the researcher touched on their retroactivity.

Retroactivity was also searched in terms of the dissolution of a contract in both forms: abrogation and dismissal. It has been found that the dissolution of a contract is retroactive in simultaneous contracts like: selling, division and reconciliation on money. As for temporal contracts like leasing and lending, these have been found nonretroactive.

Retroactivity was also examined in terms of a guarantee dependent property where the researcher trend is to consider these to be retroactive upon the payment of the guarantee.

As for the second area, the researcher tackled a number of judiciary rulings that are retroactively affected in civil affairs including, for example, the ruling on the wife's alimony, the ruling on the payment against lactation, revoking gifts by the ill and the ruling of commencement of woman's Iddat (waiting period). The researcher concluded that legal ruling is retroactive should the right be non-contingent on judiciary rulings while it is solely affirmed in the case that the right has judiciary ruling.

Regarding the third area, legal penalties, the researcher examined the characteristics of penalties in Islamic jurisprudence explaining the relationship between these characteristics and retroactivity particularly its relationship with the principle of legality. The researcher concluded that a key element in the principle of legality is that a penalty shall not be retroactively valid deeming that the principle is to restrict penal legislation, which cannot be consistent with retroactivity. The present study also considered exceptions retroactively affirmed in the field of criminal legislation to conclude that Islamic criminal legislation does recognize the best retroactive legislation for the criminal.